Die Form des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Carl Stumme,

Referendar in Hamburg.

Hamburg 1908.

H. O. Persiehl, Gutenberghaus a. d. Catharinenbrücke.

Die Form des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Carl Stumme,

Referendar in Hamburg.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0032

Meinen lieben Eltern.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Inhalt.

Seite

Literaturverzeichnis 7

§ 1. Einleitung 11

Teil I.

§ 2. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments 15

Teil II.

Die einzelnen Formen des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Das eigenhändige gemeinschaftliche Testament.

§ 3. a) Die Form des § 2267 B. G. B. 35

§ 4. b) Die Formen, in denen das eigenhändige gemeinschaftliche Testament abgesehen von der Form des § 2267 B. G. B. errichtet werden kann 51

2. Das öffentlich errichtete gemeinschaftliche Testament.

§ 5. a) Das gemeinschaftliche Testament als »testamentum apud acta judicis conditum« und als »testamentum judici oblatum« 59

§ 6. b) Das in gemischter Form errichtete öffentliche gemeinschaftliche Testament 65

§ 7. 3. Die außerordentlichen Errichtungsformen beim gemeinschaftlichen Testament 71

Literaturverzeichnis.

Baron im Archiv für die civilistische Praxis; Freiburg i. B. 1889, Band 75, Seite 177 ff.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und eines Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse; Berlin (Heymann) 1896.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches; 2. Auflage, Hannover 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Band 3, Abt. 1; 2. veränderte Auflage, Erlangen 1886.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts; 4. Auflage, Band 2, Jena 1904.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte; 2. Auflage, Jena 1906.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, 8. Jahrgang; Hannover 1904.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band 5: Deutsches Erbrecht; Halle a. d. Saale 1905.

Dernburg, Pandekten, Band 3; 6. verbesserte Auflage, Berlin 1901.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann; Leipzig; Band 2, 3, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 16.

Eichhorn, Das Testament; Hand- und Musterbuch für letztwillige Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; 4. Aufl., Berlin 1900.

Eichhorn in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins; Halle a. S., Jahrgang 1901, Seite 241 ff.

Elsas, Über die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage; Rost. Diss. 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 3; 7. Auflage, Berlin 1900.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich; erste Lesung; Berlin und Leipzig 1888.

Entscheidungen des Reichsgerichts herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft; Entscheidungen in Zivilsachen; Band 7, 16, 34, 43, 50, 51, 52.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz; München 1906.

Fischer im Archiv für bürgerliches Recht; Berlin 1892, Band 6, Seite 54 ff.

Förtsch in »Das Recht« Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, 4. Jahrgang; Hannover 1900, Seite 548.

Franz, Das deutsche Notariat nach Reichsrecht; Leipzig 1907.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches; Berlin 1900.

Goldmann in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts; Berlin 1904, Band 48, Seite 64 ff.

Götte, Der Preußische Testamentsrichter; Berlin 1901.

Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten; Braunschweig 1860.

Hasse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz; Bonn 1829, Band 3, Seite 239 ff.

Heinsheimer, Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen Nebengesetzen und das badische Recht, Band 2; Karlsruhe 1905.

Hendrichs, Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches; Rost. Diss. 1901.

Herzfelder in v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5; München 1902.

Hölder in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts; Jena 1900, Band 41, Seite 303 ff.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches; München 1900.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Band 22, 24, 28, 29, 45.

Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht; Teil I: Deutsch-Preuß. Notariatsrecht; 3. Auflage, Berlin 1903.

Jastrow in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch; Berlin 1905, Band 34, Seite 497 ff.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten mit Kommentar in Anmerkungen, Band 2; 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1886.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 2; Berlin 1904.

Leske, Vergl. Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preuß. Allgemeinen Landrechts, 2. Hälfte; 1. u. 2. Auflage, Berlin 1903.

Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich; Berlin 1899.

Mantey in »Das Recht« Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, 5. Jahrgang; Hannover 1901, Seite 430.

Mattes, Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; Gießen. Diss. 1902.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 3. u. 4. Auflage; Berlin 1900.

Meyer, Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; Marburg 1908.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1 und 5; Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, 4. Auflage; Berlin 1905.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts mit zahlreichen Beispielen und Formularen; Berlin 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band 5 erläutert in Verbindung mit Ritgen; 1. u. 2. Auflage; Berlin 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 5; Berlin 1899.

Puchta-Rudorff, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Band 2; Leipzig 1874.

Scherer, Erbrecht des B. G. B.; Erlangen 1900.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte der Deutschen Staaten; Band 7 und 25.

Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung; 2. Aufl., Berlin 1896.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1; 3. Auflage, Berlin 1903.

Ubbelohde im Archiv für die civilistische Praxis; Freiburg i. B. 1889, Band 75, Seite 36 ff.

Unger, System des Oesterr. Allgemeinen Privatrechts, Band 6; 3. Aufl., Leipzig 1879.

Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, Band 1 und 4; Berlin 1889.

Wilke, Das Erbrecht (Komm. von Wilke Reatz, u. a. Band 5); Berlin 1900.

Windels, Das gemeinschaftliche Testament; Leipz. Diss. 1903.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 3; 8. Auflage, Frankfurt a. M. 1901.

Zetzsche, Vertragsähnliches im korrespektiven Testament; Jena. Diss. 1905.

Abkürzungen.

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

K.G.J. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Buschs Z. = Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß; begründet von Busch.

§ 1.

Einleitung.

Unter den Gründen, mit denen die 1. Kommission für die Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches es zu rechtfertigen sucht, daß durch den § 1913 ihres Entwurfes den gemeinschaftlichen Testamenten für die Zukunft ihre Geltung entzogen werden sollte, findet sich die Bemerkung, daß die gemeinschaftlichen Testamente, wie die Erfahrung gelehrt habe, von „schweren Übelständen" begleitet gewesen seien, denn sie hätten von jeher eine „Quelle von Rechtsstreitigkeiten" gebildet[1]); in den angetanen Fällen solle daher an Stelle des gemeinschaftlichen Testaments der Erbeinsetzungsvertrag treten, welcher eine „weit einfachere und klarere Rechtslage" schaffe und in dieser Beziehung allen Anforderungen genüge.

In der Tat, in so vielen Rechtsgebieten auch das gemeinschaftliche Testament verbreitet war[2]), so oft auch bei seiner Aufnahme in die großen Kodifikationen vor 1900 sich eingehendere Bestimmungen mit ihm befaßt haben, so beliebt überall seine Anwendung war, so wird sich kaum ein zweites Rechtsinstitut im Erbrecht finden, welches derart jederzeit Gegenstand der heftigsten Meinungsverschiedenheiten gewesen

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888, Bd. V, S. 253—257.

[2]) Pr.A.L.R., I, 12, § 46; II, 1, §§ 482 ff.; Österr. G.B. §§ 583 und 1248; Sächs. G.B., §§ 2196 ff., § 2241. — Betreffend seiner gesetzlichen Anerkennung in den Partikularrechten vergleiche die bei Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860, S. 111, insbesondere Anm. 3, zitierten Stellen. — Dagegen wurde für das Rechtsgebiet des code civil durch Art. 968 die Geltung des gemeinschaftlichen Testaments ausgeschlossen.

ist, über dessen Wesen, Inhalt und Form man sich derart von jeher unter den Gelehrten uneins war[1]).

Die Voraussage *Ubbelohdes*[2]), daß das Vorgehen der Kommission ungeteilten Beifall finden werde, bewahrheitete sich jedoch nicht; vielmehr wurde, wie man in den Motiven (Band V Seite 256) selbst schon ganz richtig vermutet hatte, die Beseitigung des gemeinschaftlichen Testaments allgemein als eine „Beengung" empfunden. Von allen Seiten erhob sich heftiger Widerspruch gegen die völlige Ausschaltung der in der Praxis so beliebten Zwischenform zwischen Testament und Erbvertrag. Insbesondere wurde geltend gemacht[3]), daß sämtliche Streitfragen, die sich an das korrespektive gemeinschaftliche Testament knüpften, unverändert fortbeständen, denn, wie die Motive (Band V Seite 254) hervorheben, sollten abgesonderte Testamente auch fernerhin korrespektiv errichtet werden können. Wenn auch im übrigen die Bedenken der Motive nicht verkannt wurden, so wurde doch für Ehegatten die Zulassung des gemeinsamen Testierens als ein unabweisbares Bedürfnis gefordert[4]). Namentlich sprach sich der 20. Deutsche Juristentag (1889) aufs entschiedenste für Beibehaltung des gemeinschaftlichen Testaments für Ehegatten aus[5]). Wie in dem Gutachten von *Laué*[6]) mit Recht hervorgehoben wird, entspricht es durchaus der im Volke herrschenden Auffassung, daß Ehegatten, wie sie im Leben dem Ideal nach nur einen Willen haben sollen, auch für den Todesfall ihre Verhältnisse durch gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen

---

[1]) Vergl. schon Hasse im Rhein. Museum für Jurisprudenz, Bonn 1829, Bd. III, S. 246: »Der würde sich fürwahr sonderbar irren, der hier eine »communis Doctorum opinio« von einigem Bestande gefunden zu haben vermeinte. Nirgends ist die Musterkarte bunter, als in dieser Materie.«

[2]) Ubbelohde im Archiv für die zivilistische Praxis, Freiburg i. B. 1889, Bd. 75, S. 67.

[3]) Baron ebendort, S. 242.

[4]) Vergl. die bei Fischer im Archiv für bürgerliches Recht, Berlin 1892, Bd. VI, S. 58, Anm. 3 Zitierten.

[5]) Vergl. Verhandlung des 20. Deutschen Juristentages, Berlin 1889, Bd. I, S. 3 ff., S. 13 ff.; Bd. IV, S. 314 ff., 325 ff. und 444 ff.

[6]) Ebendort, Bd. I, S. 7.

regeln. Die in den Motiven angeführten Gründe seien nicht zwingend, um dieses echt deutsche, in dem Wesen der Ehe innerlich begründete Institut aus der Welt zu schaffen. Wie sehr das gemeinschaftliche Testament bei Ehegatten in einzelnen Gegenden in Übung sei, gehe daraus hervor, daß, wenn dort einmal ein Ehegatte aus besonderen Gründen ein Einzeltestament errichte, er fast stets eine Entschuldigung dafür vorbringe. Falls das eheliche Verhältnis nur annähernd dem entspräche, was das Gesetz und die Religion von einem ehelichen Zusammenleben beansprucht, so zeigten die Ehegatten fast immer den Wunsch, ihre beiderseitigen letztwilligen Verfügungen gemeinsam zu errichten.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches entschied man sich daher für die Beibehaltung des gemeinschaftlichen Testaments für Ehegatten[1]), wie sich auch die neueren Gesetzgebungen vor 1900 zum Teil schon auf die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments nur für diese beschränkt hatten[2]). Unter dem 8. Titel des III. Abschnittes hat es daraufhin im 5. Buche des B.G.B. Aufnahme gefunden.

Aber das Gesetz hat das gemeinschaftliche Testament keineswegs erschöpfend geregelt. Was Dernburg in seiner Vorrede zum Deutschen Erbrecht sagt, daß unter dem Drängen der öffentlichen Meinung, die dem Abschluß des Werkes ungeduldig entgegensah und das unwiderstehlich wurde, als man zum letzten, schwierigsten Teil, dem Erbrecht, gelangte, »manches Improvisierte, wenig Ausgetragene« Aufnahme im Erbrecht gefunden habe, trifft in ganz besonderem Maße für das gemeinschaftliche Testament zu. Wenn auch durch die Bestimmungen des Gesetzbuches viele wichtige Streitfragen, namentlich

---

[1]) Vergl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1899, Bd. V, S. 423; Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896; S. 297.

[2]) Pr.A.L.R., I, 12, § 614; II, 1, § 482; allerdings war streitig, ob sich diese Einschränkung auf gemeinschaftliche Testamente überhaupt oder nur auf gemeinschaftliche wechselseitige Testamente bezog [Koch, Allg. Landrecht für die Pr. Staaten mit Kommentar in Anmerkungen, Berlin und Leipzig 1886, Bd. II, S. 142, Anm. 12 H (Anmerkung der Herausgeber)]. Österr. G.B., § 583 und 1248.

hinsichtlich des korrespektiven gemeinschaftlichen Testaments gelöst sind, so sind doch, wie Dernburg[1]) mit Recht sagt, an die Stelle beseitigter Streitfragen nur zu viel neue Zweifel getreten.

Dies gilt namentlich auch von der Form, in der ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden kann. Unter den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das gemeinschaftliche Testament finden sich nämlich nur zwei Paragraphen (§§ 2266 und 2267), welche sich mit der Form eines solchen Testaments befassen. In diesen ist verwiesen auf zwei Bestimmungen, die zu den Vorschriften gehören, welche das Bürgerliche Gesetzbuch über die Errichtung eines Einzeltestaments gegeben hat und zu denen jene Paragraphen lediglich eine Ergänzung bilden. Hieraus folgt, daß nach Absicht des Gesetzgebers diese für die Errichtung eines gewöhnlichen Testaments aufgestellten Vorschriften auch für die Form eines gemeinschaftlichen Testaments maßgebend sein sollen.

Zieht man aber die zunächst nur für die Form der Einzeltestamente gegebenen Bestimmungen heran zur Beantwortung der Frage, in welchen Formen ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden kann, so ergeben sich eine große Anzahl Schwierigkeiten und Streitfragen, deren Lösung nur möglich ist, wenn wir uns über das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments vollkommen im klaren befinden. Bevor wir uns daher mit unserer eigentlichen Aufgabe befassen, zu untersuchen, in welchen Formen ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden kann, müssen wir zunächst auf das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments eingehen.

---

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Halle a. d. Saale 1905, Bd. V, Deutsches Erbrecht, S. 251.

§ 2.

I. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments.

In seiner grundsätzlichen Abneigung gegen jede Begriffsbestimmung gibt uns das Bürgerliche Gesetzbuch auch vom gemeinschaftlichen Testament keine Definition[1]). Aus den wenig eingehenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches allein läßt sich eine solche nicht abstrahieren; deshalb sind wir, um zu erfahren, was unter einem gemeinschaftlichen Testament zu verstehen ist, genötigt, zunächst die in der Wissenschaft zur Zeit der Aufnahme dieses Rechtsinstituts in das Bürgerliche Gesetzbuch über das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments vertretenen Ansichten heranzuziehen und sodann die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit das Gesetzbuch die bis dahin herrschende Ansicht von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments seinen Vorschriften zu Grunde gelegt hat.

Von grundlegender Bedeutung für die vor 1900 herrschende Auffassung von dem gemeinschaftlichen Testament ist in erster Linie die Abhandlung *Hasse's* gewesen. Nach ihm[2]) liegt ein gemeinschaftliches Testament vor, »wenn zwei oder mehr Personen sich in demselben Testament, sei es nun ein schriftliches oder mündliches, zu Erben einsetzen«. In ähnlicher Weise spricht sich *Hartmann*[3]) aus, der nächst Hasse um die Klärung der das gemeinschaftliche Testament betreffenden Rechtsfragen sich am meisten verdient gemacht hat.

[1]) Ausnahmsweise findet sich für das verwandte Institut, den Erbvertrag, eine Legaldefinition in dem § 1941 Abs. 1 B.G.B.

[2]) Hasse a. a. O., S. 139.

[3]) Hartmann a. a. O., S. 89.

Ebenso wird in den Pandekten-Lehrbüchern[1]) die Ansicht vertreten, daß das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments darin besteht, daß zwei letztwillige Verfügungen über den Nachlaß von zwei verschiedenen Personen durch einen einheitlichen Testierakt derart mit einander verbunden werden, daß formell lediglich ein Testament vorliegt, daß auch alle Formrequisiten, wie z. B. die Zahl der Zeugen, nur einfach erfüllt sind.

Das gemeinschaftliche Testament stellt hiernach also eine Ausnahme von dem bei Testamenten als einseitigen Rechtsgeschäften von Todeswegen geltenden Spezialitätsprinzip dar. Wenn mehrere Personen z. B. über einen in ihrem Miteigentum stehenden Gegenstand übereinstimmend von Todeswegen verfügen wollen, so kann dies grundsätzlich nur so geschehen, daß jeder von ihnen ein selbständiges Testament in einem selbständigen Rechtsakte mit dem entsprechenden Inhalt errichtet. Bei dem gemeinschaftlichen Testament wird dagegen formell in einem Testament über den Nachlaß von mehreren Personen letzwillig verfügt; materiell enthält es allerdings gleichfalls zwei verschiedene Testamente.

Ein solches gemeinschaftliches Testament konnten im gemeinen Recht[2]) zwei beliebige Personen errichten und zwar ohne Rücksicht auf den Inhalt. Allerdings war weitaus am meisten gebräuchlich das wechselseitige gemeinschaftliche Testament (testamentum reciprocum), in dem die gemeinschaftlich Testierenden sich gegenseitig zu Erben einsetzten. Dies war ursprünglich auch die allein zulässige Art, gemeinschaftlich zu testieren, entsprechend der geschichtlichen Entwicklung des gemeinschaftlichen Testaments, das hervorgegangen ist aus der Befruchtung der deutsch-rechtlichen gegenseitigen

[1]) Vergl. insbesondere Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M. 1901, Bd. III, S. 309/10. Dernburg, Pandekten, Berlin 1901, Bd. III, S. 184. Puchta-Rudorff, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Leipzig 1874, Bd. II, S. 386/87.

[2]) Ebenso in den Kodifikationen vor 1900 mit Ausnahme des Pr.A.L.R. I,12 § 614; II,1 § 482; Österr. G.B. §§ 583, 1217. — Dagegen ist die Zulässigkeit für beliebige Personen ausdrücklich anerkannt im cod. Max. Bav. civ. Teil III, Kapitel 4, § 10.

»Vergabungen von Todeswegen« mit der römisch-rechtlichen Auffassung der Erbeinsetzung durch einseitige letztwillige Verfügungen[1]). Das Erfordernis, sich gegenseitig zu bedenken, fiel später weg, das testamentum reciprocum wurde lediglich eine Unterart, allerdings die bei weitem gebräuchlichste, des gemeinschaftlichen Testaments; freilich ist die Zulässigkeit des »testamentum mere simultaneum« d. h. die Möglichkeit gemeinschaftlich zu testieren, ohne daß zwischen dem Inhalt eine Beziehung besteht, stets bestritten worden[2]).

Stimmt nun das Bürgerliche Gesetzbuch mit der oben genannten Auffassung der gemeinrechtlichen Literatur dahin überein, daß das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments auf der rein äußerlichen Verbindung mehrerer letztwilligen Verfügungen von verschiedenen Erblassern zu formell einem einzigen Testament beruht; kommen also die Vorschriften des Gesetzbuches über das gemeinschaftliche Testament lediglich dann zur Anwendung, wenn dies der Fall ist?

Betrachten wir zunächst die auf dem Boden des Bürgerlichen Gesetzbuches entstandene Literatur, so finden wir fast durchweg eben diese Ansicht vertreten[3]). Sehen wir uns

---

[1]) Näheres über die geschichtliche Entwicklung, insbesondere über die Frage, ob und inwieweit schon im römischen Recht das gemeinschaftliche Testament im Gebrauch war: Hasse a. a. O., S. 239 ff.; Hartmann a. a. O., S. 93 ff.; Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1899, S. 6 ff.; Fischer a. a. O., S. 62 ff.

[2]) Vergl. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 310, Anm. 2 und die dort Zitierten. In der Praxis meistens anerkannt; vergl. Seufferts Archiv, Bd. VII, No. 200, S. 234; Bd. XXV, No. 140, S. 200. — Auch die oben genannte Abhandlung von Hasse befaßt sich nur mit dem wechselseitigen gemeinschaftlichen Testament.

[3]) Vergl. Herzfelder in v. Staudingers Kommentar z. B.G.B., München 1906, Bd. V, Bem. 2 zu § 2265; Frommhold, Das Erbrecht des B.G.B., Berlin 1901, Bem. 2 zu § 2265; Fischer-Henle, B.G.B. nebst Einführungsgesetz, München 1906, Vorbem. zu §§ 2265 ff.; Landsberg, Das Recht des B.G.B., Berlin 1904, Bd. II, S. 1117; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1900, Bd. III, S. 190; Heinsheimer, Das deutsche B.G.B. mit seinen Nebengesetzen und das badische Recht, Karlsruhe 1905, Bd. II, S. 606/07; Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, Teil I, Deutsch-Preuß. Notariatsrecht, Berlin 1903, S. 206; Franz, Das deutsche Notariat nach Reichsrecht, Leipzig 1907, S. 253;

jedoch die Bestimmungen des Gesetzbuches daraufhin an, insbesondere den § 2267 B.G.B., der eine Art von Musterbeispiel für ein holographisches gemeinschaftliches Testament gibt, so finden wir, daß hier die beiderseitigen Verfügungen keineswegs von einem Testament umschlossen werden, vielmehr liegen hier auch formell zwei selbständige Testamente vor, da die Zusatzerklärung ebenfalls den in § 2231 No. 2 B.G.B. vorgeschriebenen Erfordernissen (»Von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung«) entsprechen muß, also ein formell selbständiges Testament bildet. Daß der andere Erblasser nicht seinen letzten Willen vollständig niederzuschreiben braucht, sondern in seiner letztwilligen Verfügung auf das erste Testament verweisen kann, welches auch seine Erklärungen enthält, ist lediglich eine vom Gesetz gestattete redaktionelle Erleichterung, vermag aber doch der Zusatzerklärung nicht den Charakter eines formell selbständigen Testaments zu nehmen. Zudem deutet das Wörtchen »genügt« darauf hin, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als regelmäßig anzunehmen ist, daß zunächst der eine und darauf der andere Erblasser die beiderseitigen letztwilligen Verfügungen jeder in einem selbständigen Testament vollständig niederschreibt[1]). Der Ansicht von Planck-Ritgen[2]) können wir uns nicht anschließen, nach der jede dieser Niederschriften, ebenso wie das nur von einem Teile unterzeichnete Duplikat eines schriftlichen Vertrages (§ 126, Abs. 2, Satz 2 B.G.B.) für sich nur etwas Unfertiges bedeute, da sie sich infolge der Unterschrift nur als rechtsförmige Erklärung des einen Teiles darstelle, inhaltlich aber auch Erklärungen des anderen Teiles enthalte; erst beide Niederschriften bildeten ein, und zwar ein gemein-

---

Löwenwald a. a. O., S. 5; Mattes, Das gemeinschaftliche Testament nach dem B.G.B., Giessen. Diss. 1902; Elsas, Über die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage, Rostocker Diss. 1901, S. 12; R.G., Bd. 50, S. 309.

[1]) Hiergegen allerdings Protokolle a. a. O., S. 429.

[2]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. V, erläutert in Verbindung mit Ritgen, Berlin 1902, Bem. 2 zu § 2267.

schaftliches Testament. — Allerdings ist bei einem Vertrage die eine auf den Vertragsabschluß gerichtete Willenserklärung, die Offerte, völlig bedeutungslos ohne die entsprechende anderseitige Willenserklärung, die Annahme. Eine letztwillige Verfügung hingegen, die ein Erblasser in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form errichtet hat, hat, selbst wenn dieser gemeinschaftlich mit einer anderen Person testieren will und deshalb in ihr gleichzeitig Erklärungen dieser anderen Person abgibt, doch hinsichtlich seiner eigenen darin ausgesprochenen Verfügung rechtliche Geltung als sein Testament, auch dann, wenn das entsprechende Testament des anderen Teiles ausbleibt; in ihrem rechtlichen Bestande ist sie von diesem gänzlich unabhängig, sofern nicht etwa ein korrespektives gemeinschaftliches Testament vorliegt; sie bildet eine vollkommen selbständige einseitige Verfügung von Todeswegen[1]).

Da also beim holographischen gemeinschaftlichen Testament, das dem § 2267 B.G.B. entsprechend errichtet ist, auch formell zwei Testamente vorliegen, trifft es für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr zu, daß beim gemeinschaftlichen Testament die letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser stets durch dieselbe nur einmal erfüllte Testamentsform umschlossen werden. Auch *Strohal*, der in den beiden ersten Auflagen seines »Deutschen Erbrechts« noch diese Auffassung vertreten hatte, läßt diese in seiner 3. Auflage, weil ungenau, fallen[2]). Ebensowenig können wir uns aber ihm anschließen, wenn er sagt, das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments bestände in der durch Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsvorganges geschaffenen Verbindung der letztwilligen Verfügungen mehrerer Erblasser zu einer formellen Einheit[3]). Selbst wenn man mit Strohal[4]) dahin übereinstimmen würde, daß beim holographischen gemeinschaftlichen Testament die

---

[1]) Frommhold a. a. O., Vorbem. 1 am Schluß zu §§ 2265 ff.; Hendrichs, Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Rechte des B.G.B.; Rostocker Diss. 1901, S. 12.

[2]) Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des B.G.B., Berlin 1903, Bd. I, S. 319, Anm. 2.

[3]) Strohal a. a. O., S. 319.

[4]) Strohal a. a. O., S. 322, Anm. 14.

beiden letztwilligen Verfügungen auf einer und derselben Urkunde niedergeschrieben werden müssen, ein Erfordernis, das, wie weiter unten sub § 3 unserer Abhandlung näher ausgeführt wird, keineswegs unbestritten ist, so schafft die rein äußerliche Verbindung durch denselben Bogen Papier, die z. B. schon aufgehoben werden könnte durch Zerschneiden der Urkunde in 2 Hälften derart, daß auf jeder ein Testament steht, doch noch keine »formelle Einheit«.

Noch viel weniger läßt sich aber mit der Bestimmung des § 2267 die Ansicht vereinigen, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter einem gemeinschaftlichen Testament ein Testament zu verstehen sei, in dem mehrere letztwillige Verfügungen von mehreren Personen in ein und demselben Rechtsakt errichtet sind[1]), wie Planck-Ritgen, Matthiass und andere[2]) meinen. Hält man nämlich an dem Erfordernis fest, daß beide Testamente auf derselben Urkunde stehen müssen, so kann zwar in zwei Akten testiert werden, die zeitlich unmittelbar aneinander stoßen, trotzdem bleiben aber doch die beiden Rechtsakte stets zeitlich getrennt; besteht man dagegen nicht auf dies Erfordernis, so können die beiden Errichtungsakte zwar zu gleicher Zeit vorgenommen werden, sie sind aber räumlich getrennt; von einer »unitas actus« ist auch hier keine Rede.

Die bisher Zitierten haben demnach mit ihren auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches vorgenommenen Begriffsbestimmungen ohne Frage den Kern nicht getroffen. Aber auch schon für die gemeinrechtliche Praxis ist u. E. die genannte Auffassung von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments nicht zutreffend.

Zwar sind die gemeinschaftlichen Testamente hervor-

---

[1]) Dies gibt auch Mattes a. a. O., S. 13, zu.

[2]) Planck-Ritgen a. a. O., Vorbem. 2, Abs. 1, zu §§ 2265 ff.; Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900, Bd. II, S. 424; Neumann, Handausgabe des B.G.B. für das deutsche Reich; 4. Aufl., Berlin 1905, Bd. II, Vorbem. 1 zu §§ 2265 ff.; Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Pr.A.L.R., Berlin 1903, Bd. II, S. 1245; Wilke, Das Erbrecht (Kommentar von Wilke, Reatz u. a., Bd. V), Berlin 1900, Vorbem. zu §§ 2265 ff.

gegangen aus den gegenseitigen Vergabungen von Todeswegen[1]) und der daraus resultierenden Gewohnheit, gegenseitige Vergabungen in einem einzigen Formalakte vorzunehmen. Während aber die gegenseitigen Erbverträge ein einheitliches Sondergeschäft bildeten[2]), lagen beim gemeinschaftlichen Testament konstruktiv zwei selbständige Rechtsgeschäfte vor, die rein äußerlich zu einem einzigen Rechtsakte zusammengezogen wurden. Als nun später das Erfordernis der Reziprozität fortfiel, kamen auch gemeinschaftliche Testamente auf, bei denen die beiderseitigen Verfügungen nicht von einem einzigen Testament umschlossen wurden, die aber trotzdem als gemeinschaftliche Testamente angesehen und wie diese behandelt wurden. Dies war der Fall, wenn das gemeinschaftliche Testament in der Form des mündlichen Privattestaments (testamentum nuncupativum) errichtet wurde. Windscheid sagt nämlich im Anschluß an die Begriffsbestimmung, die er von dem gemeinschaftlichen Testament gibt: »genau genommen kann daher ein solches gemeinschaftliches Testament nur ein schriftliches sein«[3]). Wäre Windscheids Definition vom gemeinschaftlichen Testamente richtig, so behielte er mit dieser Bemerkung recht, denn im gemeinen Recht bildete beim mündlichen Privattestament die mündliche Erklärung des Erblassers vor den 7 Zeugen den eigentlichen Testierakt; ein Protokoll, das hierüber aufgenommen wurde, hatte lediglich die Bedeutung einer Beweisurkunde,[4]) bildete also nicht, wie heute, einen integrierenden Bestandteil des Testieraktes. Selbst also, wenn über die Erklärungen der gemeinschaftlich Testie-

---

[1]) bezw. den gegenseitigen Erbverträgen, die sich aus den gegenseitigen Vergabungen von Todeswegen dadurch entwickelt haben, daß später das Erfordernis, den abgeschlossenen Vertrag durch Investitur sofort zu vollziehen, fortfiel.

[2]) Zwar setzt sich dieser auch zusammen aus zwei einseitigen Willenserklärungen, der Offerte und der Annahme; diese haben aber von vornherein nur einen unselbständigen Charakter, denn auch die Offerte ist nur gemacht mit Rücksicht auf die Annahme. Erfolgt diese, so wird dadurch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, der Vertrag, geschaffen, in dem die beiden einseitigen Willenserklärungen völlig aufgegangen sind.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 310, Anm. 1.

[4]) Vergl. Windscheid-Kipp a, a. O., S. 213, Anm. 3.

renden ein einheitliches Protokoll aufgenommen wurde, ergaben sich doch, da die Erklärungen des Erblassers, die naturgemäß nur hintereinander abgegeben werden konnten, zeitlich von einander getrennt blieben und durch die bloße Erklärung vor den Zeugen schon das Testament errichtet wurde, stets zwei getrennte Testamente.[1]) Da trotzdem gemeinschaftliche Testamente in dieser Form vorkamen, muß auch in der gemeinrechtlichen Praxis die das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments ausmachende Gemeinschaftlichkeit nicht in dem Erfordernis der formellen Einheit gelegen haben. — So führt denn auch Fischer in seiner 1892 erschienenen Abhandlung[2]) aus, daß zwar zum gemeinschaftlichen Testament erforderlich sei, daß beide Verfügungen auf einer Urkunde errichtet werden; gemeinschaftliche Testamente aber nicht nur in der Gestalt vorkämen, daß die Verfügungen in der Fassung schon gemeinsam sind, sondern auch so, daß die einzelnen Verfügungen selbständig von den Ehegatten ausgehen, dann aber regelmäßig von dem andern in umgekehrter Richtung wiederholt werden. Nach ihm kommt nämlich ein gemeinschaftliches Testament »nach einer auch in der Gegenwart noch völlig lebendigen deutschen Rechtsgewohnheit« so zustande, daß Eheleute sich über das Schicksal ihres Vermögens nach ihrem Tode miteinander bereden und dann auf Grund dieser Einigung ihre Verfügungen in der genannten Form treffen, die demnach nur eine Folge der vor der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments stattgefundenen Einigung und Billigung der Testatoren ist. —

In der Tat, wenn ein gemeinschaftliches Testament auch dann vorliegen kann, wenn formell zwei Testamente vorhanden

---

[1]) Anderer Ansicht ist Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1886, Bd. III, Abt. I, S. 65, Anm. 20, welcher die äußere Einheitlichkeit des mündlichen gemeinschaftlichen Testaments dadurch für gewahrt hält, daß zunächst der eine Teil die beiderseitigen letztwilligen Verfügungen erklärt und darauf der andere nur seine Zustimmung hierzu erteilt. — Die inhaltliche Anlehnung an die erste Willenserklärung hindert aber doch u. E. nicht daran, daß die Zustimmung als Willenserklärung des zweiten Erblassers ihrerseits ebenfalls einen selbständigen Rechtsakt bildet.

[2]) Fischer a. a. O., S. 85.

sind, so liegt es auf der Hand, daß die das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments ausmachende Gemeinschaftlichkeit des Testierens nicht so sehr sich auf die äußere objektive Einheitlichkeit durch Verbindung der beiden Verfügungen zu einem Testament bezieht, als auf eine innere subjektive Einheitlichkeit beim Testieren; d. h. die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments muß insofern eine gemeinschaftliche sein, als die Errichtung jeder einzelnen der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügungen getragen wird von dem übereinstimmenden Willen der beiden gemeinschaftlich Testierenden. In diesem Sinne kann ein gemeinschaftliches Testament als einheitliches Ganzes auch dann zustande kommen, wenn die Errichtungsakte äußerlich von einander vollkommen getrennt sind und zwei formell durchaus selbständige Testamente vorliegen. Die Einheit der beiden Testamente ist lediglich eine innere, die geschaffen wird durch die vorhergegangene Kenntnis und Billigung der zu treffenden Verfügungen seitens der beiden Testierenden und das dadurch bewirkte bewußte und gewollte Zusammenwirken bei der Errichtung eines jeden einzelnen der beiden Testamente in allen seinen wesentlichen Bestandteilen.

Darum ist auch durch § 2265 B.G.B. das gemeinschaftliche Testament nur für Ehegatten zugelassen, denn nur bei diesen kann man von vornherein eine derartige Willensgemeinschaft für ihre letztwilligen Verfügungen voraussetzen,[1]) da bei Ehegatten nach der würdigen deutschen Auffassung von der Ehe für ihre ganzen Lebensverhältnisse »zwei Seelen und ein Gedanke« vorliegen soll, wie dies in vermögensrechtlicher Beziehung auch in den deutschrechtlichen ehelichen Güterrechten zum Ausdruck kommt. Man kann daher wohl sagen, daß den gemeinschaftlichen Testamenten stets[2]) der Charakter einer »Gesamtverfügung« innewohnt. Auch wenn der Fall des

---

[1]) Fischer, der mit uns das Hauptgewicht beim gemeinschaftlichen Testament auf die innere Gemeinschaftlichkeit der beiderseitigen Verfügungen legt, spricht deshalb auch nur von »Ehegatten« in der soeben zitierten Stelle.

[2]) Nicht nur, wie Endemann a. a. O., S. 192, will, dem korrespektiven gemeinschaftlichen Testament.

»Gesamtgutes« gar nicht vorliegt, sondern die Vermögensmassen beider Ehegatten in Wahrheit rechtlich von einander getrennt sind, so denken sich doch die gemeinschaftlich testierenden Ehegatten die beiderseitigen Vermögensmassen gleichsam zu einem einheitlichen Vermögen vereinigt, über das beide zur gesamten Hand von Todeswegen verfügen in der Art, daß zunächst der eine Erblasser über den einen Teil des Gesamtgutes (nämlich das ihm in Wahrheit allein zustehende Vermögen) in Übereinstimmung mit dem andern eine letztwillige Verfügung trifft und dieser wiederum über den andern Teil des Gesamtgutes (der indes in Wahrheit ihm allein gehört) mit Zustimmung des ersten Erblassers.

Wenn auch beim gemeinschaftlichen Testament die Verfügungen der beiden Ehegatten in gegenseitiger Übereinstimmung und Billigung getroffen sein müssen, so ist damit doch nicht gesagt, daß stets ein »Zusammenhang des Motives«[1]) besteht zwischen den Verfügungen, daß also die »Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde;«[2]) mit anderen Worten, ein gemeinschaftliches Testament braucht nicht immer zugleich ein »korrespektives« zu sein, bei dem die Verfügungen derart von einander abhängig sind, daß die Nichtigkeit oder Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der andern zur Folge hat,[3]) wenngleich eine derartige

[1]) Protokolle a. a. O., S. 450 51.

[2]) § 2270, Abs. 1 B.G.B.

[3]) Nach Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1904, Bd. II, S. 700, kommen die Bestimmungen über das korrespektive gemeinschaftliche Testament (§§ 2270/71) auch bei einseitig korrespektiven Verfügungen zur Anwendung, d. h. bei Verfügungen, bei denen nur die eine abhängig ist von der Wirksamkeit der anderen, nicht auch umgekehrt. Dieselbe Ansicht vertritt Planck-Ritgen a. a, O., Anm. 2 zu § 2270; Dernburg, Deutsches Erbrecht, S. 249; Herzfelder a. a. O., Bem. I, Abs. 5, zu §§ 2270/71. Dagegen haben sich ausgesprochen: Strohal a. a. O., S. 326, Anm. 28; Zetzsche, Vertragsähnliches im korrespektiven Testament, Jen. Diss. 1905, S, 28, Anm. 24; Mattes a. a. O., S. 29; Meyer, Das gemeinschaftliche Testament nach dem B.G.B., Marburg 1908, S. 41, Anm. 2; insbesondere weisen die beiden letzteren mit Recht auf die Worte des Gesetzes im § 2270, Abs. 1 hin: »Haben die Ehegatten Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde«.

wechselseitige Abhängigkeit der Verfügungen oder wenigstens eines Teiles der Verfügungen in vielen Fällen anzunehmen sein wird.[1]) Andererseits läßt sich aber wohl der Fall denken, daß auch Eheleute korrespektive Verfügungen errichten, ohne daß ein gemeinschaftliches Testament vorliegt. Es liegen dann zwei selbständige Testamente vor, die als Inhalt unter anderm die Suspensivbedingung[2]) der Wirksamkeit der andern Verfügung enthalten[3]).

Es können zwar auch Nicht-Eheleute in dem von uns angegebenen Sinne »gemeinschaftlich« testieren, insbesondere wird dies der Fall sein, wenn zwischen den beiden Testierenden eine vermögensrechtliche Verbindung besteht, welche zu der gemeinschaftlichen Verfügung den Anlaß gibt. Es liegt aber dann kein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265 ff. vor, es kommen also auch nicht die Bestimmungen des Gesetzbuches über das gemeinschaftliche Testament zur Anwendung. Mag auch bei einzelnen eine augenblickliche Willensübereinstimmung bestehen, grundsätzlich kann eine derartige geistige Gemeinschaft, wie sie stets bei Eheleuten vorauszusetzen ist, bei irgend beliebigen Personen nicht angenommen werden; es wäre darum innerlich nicht gerechtfertigt, wenn auch für Nicht-Eheleute die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das gemeinschaftliche Testament zur Anwendung kämen, die zum größten Teil sich als Ausfluß dieser vorausgesetzten geistigen Gemeinschaft darstellen, insbesondere

---

[1]) Dieser Zusammenhang des Motives braucht nicht einmal im gemeinschaftlichen Testament zum Ausdruck zu gelangen, da das Gesetz die Worte gebraucht: »von dem anzunehmen ist«, Scherer, Erbrecht des B.G.B., Erlangen 1900, S. 354.

[2]) Eine Suspensivbedingung liegt deshalb vor, weil eine letztwillige Verfügung bis zum Tode betagt ist, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit also auch erst in diesem Augenblick in die Erscheinung tritt (vergl. Mattes a. a. O., S. 29).

[3]) Beim korrespektiven gemeinschaftlichen Testament liegt dagegen die gegenseitige Abhängigkeit nur im Beweggrunde (Meyer a. a. O., S. 41, Anm. 3), wird aber überhaupt nicht, nicht einmal stillschweigend, erklärt. Die aus diesem Beweggrunde getroffene Verfügung wird dann aber vom Gesetzgeber so behandelt, als sei sie unter dieser Bedingung getroffen worden (Strohal a. a. O., S. 327).

die Formerleichterungen der §§ 2266 und 2267 B.G.B. und vor allem die Möglichkeit, beide Verfügungen in formell einem einzigen Testamente zu treffen.

Ein gemeinschaftliches Testieren in dieser Weise ist nämlich auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zulässig, wenngleich die formelle Einheit kein Essentiale des gemeinschaftlichen Testaments bildet; ja diese Erscheinungsform ist auch jetzt noch, wie weiter unten zu zeigen, naturgemäß die weitaus häufigste. Daß ein gemeinschaftliches Testieren in dieser Form auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zulässig ist, folgt daraus, daß das Gesetzbuch in seinen Bestimmungen über das gemeinschaftliche Testament dieses nicht erschöpfend geregelt hat, sondern damit nur zu einzelnen, wenngleich den wichtigsten, Streitfragen Stellung nimmt. Soweit das Gesetzbuch schweigt, ist anzunehmen, da ein vorher in der Wissenschaft und Praxis allgemein unter demselben Namen bekanntes Rechtsinstitut als solches aufgenommen ist, daß auch die bisher allgemein anerkannten Rechtssätze weiter angewandt werden sollen, sofern sich nicht aus den Bestimmungen des Gesetzes ein anderes ergibt. Eine solche gegenteilige Absicht des Gesetzbuches darf aber nicht etwa aus der Formvorschrift des § 2266 B.G.B. gefolgert werden, welches ja allerdings abgesehen von dem weniger wichtigen § 2265 B.G.B. die einzige Formvorschrift für das gemeinschaftliche Testament enthält, und nach der, wie wir gesehen haben, formell zwei Testamente vorliegen; denn bei dem eigenhändigen Testament ist es schlechterdings unmöglich, letztwillige Verfügungen von zwei verschiedenen Erblassern zu formell einem Testament zu verbinden, wenn den Grunderfordernissen des § 2231 No. 2 B.G.B. genügt werden soll, da bei eigenhändiger Niederschrift des Ortes und Datums, der Willenserklärung und der Unterschrift naturnotwendig sich zwei Testamente ergeben müssen.

Errichten Nicht-Eheleute ein gemeinschaftliches Testament, so ist dieses als »gemeinschaftliches Testament« nichtig, da, wie erwähnt, vom Gesetz lediglich die Ehe als Ausgangspunkt der für das gemeinschaftliche Testament vorausgesetzten innigen Willensgemeinschaft angesehen wird. Soweit jedoch

die einzelnen letztwilligen Verfügungen den an ein Einzeltestament gestellten Anforderungen genügen, bleiben sie nach § 140 B.G.B. als Einzeltestamente in Geltung; es müßte denn anzunehmen sein, daß die Erblasser mit einer derartigen Konversion nicht einverstanden sind. [1]) Dies gilt auch für ein von Verlobten errichtetes gemeinschaftliches Testament. Selbst durch nachfolgende Ehe vermag ein derartig errichtetes gemeinschaftliches Testament nicht zu konvaleszieren (vergl Protokolle a. a. O., S. 427), wie dies für das Oesterr. Recht durch das Oesterr. Hofdekret vom 25. Juni 1817 bestimmt ist [2]), denn eine innere Gemeinschaft, wie unter Ehegatten, ist bei ihnen nicht von vornherein vorauszusetzen; überhaupt ist dem Verlöbnis vom Gesetz in den §§ 1297 ff. B.G.B. nur eine geringe rechtliche Festigung gegeben.[3]) Haben Verlobte aber die Absicht, schon vor der Eheschließung ihre erbrechtlichen Verhältnisse gemeinschaftlich zu regeln, so können sie dies durch einen Ehe- und Erbvertrag tun, [4]) und zwar werden in diesem Falle die Verlobten den Ehegatten gleichgestellt (vergl. §§ 2275 Abs. 3; 2276 Abs. 2 B.G.B.).

Da das gemeinschaftliche Testament ein Ausfluss der in der Ehe zwischen den Ehegatten herrschenden Willensgemeinschaft ist, so wird es seinem ganzen Inhalte nach unwirksam, [5]) wenn die Ehe, auf die sich diese Willensgemeinschaft gründet und mit der sie steht und fällt, nichtig [6]) oder vor dem Tode

---

[1]) Strohal a. a. O., S. 320, Anm. 5; Meyer a. a. O., S. 19, Anm. 1,

[2]) Vergl. Unger, System des österr. allg. Privatrechts, Leipzig 1879, Bd. VI, S. 98.

[3]) Frommhold a. a. O., Anm. 3 zu § 2265.

[4]) Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., Berlin 1896, S. 297.

[5]) § 2268, Abs. 1, in Verbindung mit § 2077, Abs. 1 B.G.B.

[6]) Die Ehe kann entweder von vornherein nichtig sein, es liegt also eine sogen. Nicht-Ehe (matrimonium non existens) vor, was der Fall ist, wenn die im § 1317 B.G.B. vorgeschriebene Form bei der Eheschließung nicht beobachtet worden und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist (§ 1324 in Verbindung mit § 1329 B.G.B.); oder die Ehe wird für nichtig erklärt auf Grund einer Nichtigkeitsklage aus einem der in §§ 1325/28 B.G.B. genannten Gründe oder weil eine wegen Formmangels nichtige Ehe vorliegt, die aber in das Heiratsregister eingetragen ist (§ 1329 B.G.B.); oder endlich sie ist auf Grund einer Anfechtungsklage, die sich auf einen der in §§ 1331/35 B.G.B.

eines der Ehegatten aufgelöst worden ist [1]) oder der zuerst resp. mit dem anderen Ehegatten gleichzeitig [2]) verstorbene Ehegatte z. Z. seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des anderen Ehegattens zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte. [3]) Im Falle der Auflösung der Ehe sowie der Erhebung der Scheidungs- oder Aufhebungsklage (§ 2077 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.) sollen jedoch die Verfügungen insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden. [4]) Durchweg werden dies Verfügungen sein, die mit der Ehe in gar keinem Zusammenhange stehen.[5])

Da das Charakteristikum eines gemeinschaftlichen Testaments lediglich darin besteht, daß die letztwilligen Verfügungen zweier Ehegatten unter gegenseitiger Billigung und Kenntnis getroffen sind, wird im konkreten Falle die Frage, ob die beiderseitigen Verfügungen ein »gemeinschaftliches Testament« bilden oder ob zwei Einzeltestamente vorliegen, nicht immer ganz leicht zu beantworten sein. Tritt das gemeinschaftliche

---

oder § 1350 B.G.B. angeführten Gründe stützt, für nichtig erklärt worden (§ 1343 B.G.B.).

[1]) Durch Scheidung (§ 1564), durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) oder durch Schließung einer neuen Ehe, nachdem der Ehegatte der früheren für tot erklärt ist (§ 1348). — Im Falle der Auflösung der Ehe durch Scheidung oder durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bleibt das gemeinschaftliche Testament unwirksam, auch wenn die Geschiedenen sich von neuem mit einander verheiraten bezw. die eheliche Gemeinschaft wieder herstellen. (Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 1, Abs. 4 zu § 2268; Frommhold a. a. O., Bem. 1 zu § 2268; Meyer a. a. O., S. 37.)

[2]) Vergl. hierzu Strohal a. a. O., S. 324, Anm. 23.

[3]) Wenngleich in diesem Falle das prozessuale Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe nicht seinen Fortgang nimmt (§ 628 C.P.O.), so wird doch durch das Erheben der Klage dokumentiert, daß die innere geistige Gemeinschaft der Ehegatten bereits gelöst ist. Das Erheben der Klage wird deshalb, weil ihre Durchführung lediglich durch den Tod vereitelt wurde, der bereits erfolgten Scheidung der Ehe gleichgestellt.

[4]) § 2268, Abs. 2 B.G.B.

[5]) Matthiass a. a. O., Bd. II, S. 425.

Testament in der Weise in die äußere Erscheinung, daß es in einem Testament oder in der Form des § 2267 errichtet ist, so liegt es auf der Hand, daß die Verfügungen »gemeinschaftlich« getroffen sind. Gemeinschaftliche Testamente in dieser Form werden daher, weil sie am anschaulichsten die gegenseitige Kenntnis und Billigung darlegen, unter der die Verfügungen errichtet sind, stets die häufigsten sein. Man wird ein gemeinschaftliches Testament aber auch dann anzunehmen haben, wenn sich der übereinstimmende Wille der Ehegatten in anderer Weise aus den Verfügungen ergibt; mag nun aus irgend einer sonstigen Form, in der die beiden Testatoren ihre Verfügungen errichten, erhellen, daß sie diese gemeinschaftlich getroffen haben, mag sich dies aus dem Wortlaut der Verfügungen ergeben oder mögen sonst Anhaltspunkte zum Stützen dieser Ansicht vorliegen. Denn daß nach der Absicht des Gesetzes lediglich die Verbindung der beiden letztwilligen Verfügungen zu einem Testament oder, da dies bei holographischen Testamenten nicht möglich ist, die Form des § 2267 des B.G.B., nämlich die Errichtung eines Haupt- und eines inhaltlich sich an dieses anlehnenden Nebentestaments, den Beweis für die innere Gemeinschaftlichkeit des Testierens zu erbringen vermag, ist nirgends im Gesetz ausgedrückt. Höchstens könnte man dies aus dem Umstand schließen, daß das Gesetz die Bezeichnung »gemeinschaftliches Testament« gebraucht, also sich der Einzahl bedient, demnach, da konstruktiv zwei Einzeltestamente vorliegen, als Erscheinungsform dieser Testamente stets die Verbindung in einem Testament im Auge hat. Hiermit stimmt aber das holographische gemeinschaftliche Testament nicht überein, denn wie gezeigt, hat auch bei der Form des § 2267 die Bestätigungserklärung den Charakter eines formell selbständigen Testaments, es liegen also formell zwei Testamente vor. Demnach kann dies der Grund nicht sein, weshalb das Gesetz die Einzahl braucht. Die Erklärung hierfür wird vielmehr darin liegen, daß die beiden letztwilligen Verfügungen innerlich eine Einheit bilden, daß ihnen, wie oben gesagt, der »Charakter einer Gesamtverfügung« innewohnt.

Wenn demnach auch jeder Beweis für die Gemeinschaft-

lichkeit der letztwilligen Verfügungen zugelassen ist, so wird man doch vorsichtig hierbei zu verfahren und im Zweifel sich lieber dahin zu entscheiden haben, daß kein gemeinschaftliches Testament, sondern nur zwei Sondertestamente vorliegen, nach dem Grundsatze: semper in obscuris, quod minimum est, sequimur[1]).

Die von uns im Vorstehenden wiedergegebene Auffassung von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments, insbesondere die Ansicht, daß ein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265 ff. B.G.B. auch dann vorliegen kann, wenn die äußere Einheitlichkeit fehlt, also formell zwei Testamente vorliegen, ist neuerdings in ihrer vollen Schärfe ausgesprochen durch eine Kammergerichtsentscheidung vom 4. Januar 1905[2]). — Ebenso ist Mantey[3]) unserer Ansicht, der ausführt, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch sich nirgends eine Vorschrift finde, daß der Errichtungsakt der beiden Testatoren eines gemeinschaftlichen Testaments ein gemeinschaftlicher sein müsse. Vielmehr verlange das Gesetz nur eine Willensübereinstimmung beider Gatten. Auch Frommhold, der in Bemerkung 2 zu § 2265 die Auffassung vertritt, daß das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments in der äußeren Verbindung zweier letztwilligen Verfügungen zu einem Testamente liege, sagt an anderer Stelle[4]), es komme nicht so sehr auf die äußerliche Gemeinschaftlichkeit an, vielmehr sei das Hauptgewicht auf die innere Einheitlichkeit zu legen. Ebenso scheint Dernburg für das heutige Recht auf einem dem unseren ähnlichen Standpunkte zu stehen. Nach ihm ist ein gemeinschaftliches Testament ein solches, welches »mittels eines gemeinschaftlichen Aktes errichtet ist«[5]). Im folgenden führt er aber aus, auch einzelne Privattestamente von Ehegatten könnten ein gemeinschaftliches Testament ergeben, wenn nur beide in ihnen die Absicht zu erkennen gäben,

[1]) l. 9 D. 30, 17.

[2]) O. L. G., Band XI, S. 251.

[3]) Mantey in »Das Recht«, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, Hannover 1901, 5. Jahrgang, S. 430.

[4]) Frommhold a. a. O., Bem. III zu § 2267.

[5]) Dernburg a. a. O., S. 249.

»gemeinschaftlich« zu testieren[1]). Solche einzelne Privattestamente werden aber doch nicht in einem äußerlich gemeinschaftlichen Rechtsakt errichtet; vielmehr sind beide Errichtungsakte völlig von einander getrennt, zumal sie, wie weiter unten auszuführen, nach Dernburg nicht einmal ein gleiches Datum aufzuweisen brauchen. Demnach kann Dernburg unter der Gemeinschaftlichkeit bei der Errichtung nur eine innere subjektive Gemeinschaftlichkeit, also eine gegenseitige Kenntnis und Billigung, unter der die Verfügungen getroffen sind, verstanden haben. Es genügt aber nach ihm nicht, daß die beiden Verfügungen innerlich gemeinschaftlich sind, vielmehr müssen beide Erblasser auch in den Verfügungen die Absicht zu erkennen geben, gemeinschaftlich zu testieren; sie müssen also zum Ausdruck bringen, daß die Verfügungen nicht als Sondertestamente errichtet sind, sondern mit einander ein gemeinschaftliches Testament bilden sollen. Wir können uns dieser letzteren Ansicht Dernburgs nicht anschließen. Die Bestimmungen des Gesetzes über das gemeinschaftliche Testament beruhen auf der inneren Gemeinschaft, unter der die das gemeinschaftliche Testament ausmachenden beiderseitigen Verfügungen errichtet sind. Sind also zwei Verfügungen von Ehegatten unter einer solchen inneren Gemeinschaft errichtet, so kommen auch die Bestimmungen über das gemeinschaftliche Testament zur Anwendung. Daß ausdrücklich ausgesprochen werden muß, daß diese Verfügungen auch wirklich als gemeinschaftliches Testament behandelt werden sollen, ist u. E. keineswegs erforderlich.

Ferner hat Jastrow seine oben zitierte, in seinem »Formularbuch und Notariatsrecht« entwickelte Ansicht vom Wesen des gemeinschaftlichen Testaments augenscheinlich neuerdings im Sinne unserer Auffassung modifiziert. In seiner Besprechung[2]) des Dernburgschen Erbrechts führt er nämlich aus, daß rein begrifflich ein gemeinschaftliches Privattestament nicht anders hergestellt werden könne, als so, daß die Unterschrift jedes Ehegatten alle Verfügungen, auch die

[1]) Dernburg a. a. O., S. 253.

[2]) Jastrow in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Berlin 1905, Bd. 34, S. 504.

des andern Ehegatten decken muß. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments besteht also nach Jastrow darin, daß die Verfügungen zweier Ehegatten insgesamt von jedem unterzeichnet sind, wodurch doch dokumentiert wird, daß die ganzen Verfügungen, sowohl die des einen wie die des andern Ehegatten unter gegenseitiger Billigung getroffen sind. — Meyer[1]) dagegen führt zunächst zwar nicht in Widerspruch mit unserer Auffassung aus, daß das gemeinschaftliche Testament seinem Wesen nach eine auf der Gemeinschaftlichkeit der Errichtung beruhende Verbindung der letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser sei; und zwar sei unter dem Begriff Gemeinschaftlichkeit dasselbe zu verstehen, wie bei jedem andern gemeinschaftlichen Handeln, nämlich ein bewußtes Zusammenwirken der Erblasser. Er fährt dann aber fort, die Frucht dieses Zusammenwirkens, die Verbindung der beiden Testamente müsse sich formell als ein Testament darstellen. Eigenartiger Weise beruft er sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf die soeben zitierte Kammergerichtsentscheidung, die sich doch in einem ganz anderen Sinne ausspricht.

Wenn auch ein gemeinschaftliches Testament ein beiderseitiges Übereinkommen über die zu treffenden Verfügungen voraussetzt, so ist es doch keineswegs als ein Vertrag aufzufassen, bei welchem beiden Kontrahenten der Widerruf vorbehalten ist, wie dies von Heck[2]) geschehen ist. Gesetzt den Fall, dieses Übereinkommen hätte obligatorischen Charakter, so würde daraus doch nur die Verpflichtung der Ehegatten gegen einander resultieren, die verabredeten Verfügungen auch zu treffen. Die beiderseitigen letztwilligen Verfügungen bildeten dann lediglich die Erfüllung dieser Verpflichtung, stellten ihrerseits aber keineswegs, auch nicht in der Form des § 2267 B.G.B., Offerte und Annahme, also einen Vertrag dar[3]). In Wahrheit bildet aber das Übereinkommen zwischen den Ehegatten überhaupt keinen obligatorischen Vertrag, viel-

[1]) Meyer a. a. O., S. 18.

[2]) Heck, Vorlesung über Bürg. Recht, § 268,6 (Manuskr.), zitiert bei Hendrichs a. a. O., S. 11.

[3]) Vergl. Hasse a. a. O., S. 260.

mehr ist dieses lediglich als eine Verabredung aufzufassen, die gar keine, oder höchstens eine moralische, Verpflichtung in sich schließt, wie man sich z. B. mit den Testamentszeugen einige Tage vorher verabredet, zu welcher Zeit und an welchem Ort sie sich einfinden sollen.

Es ist demnach daran festzuhalten, daß das gemeinschaftliche Testament nichts anderes darstellt, als die Summe zweier einseitiger Verfügungen von Todeswegen [1]), die in gewissen inneren Beziehungen stehen [2]), daß also subsidiär auf das gemeinschaftliche Testament nicht etwa die Vorschriften über den Erbvertrag zur Anwendung kommen, sondern diejenigen über das Testament. Insbesondere bleiben die Verfügungen jederzeit einseitig frei widerrufbar. Zwar kann die Rücknahme des in amtliche Verwahrung genommenen gemeinschaftlichen Testaments und der damit ausgesprochene Widerruf [3]) nur in Gemeinschaft mit dem anderen Erblasser erfolgen [4]). Da die Zurücknahme aber als Widerruf nur für das öffentlich errichtete Testament gilt [5]), ein öffentliches gemeinschaftliches Testament aber aus Zweckmäßigkeitsgründen gewöhnlich uno acto errichtet zu werden pflegt, so kann in diesem Falle nur das ganze gemeinschaftliche Testament, also beide letztwilligen Verfügungen, herausgegeben werden. Da dadurch auch die Verfügung des anderen Erblassers widerrufen würde, bestimmt das Gesetz, daß ein gemeinschaftliches Testament nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden kann. Sind die Verfügungen nicht uno acto errichtet, liegen

---

[1]) Inhaltlich brauchen sie allerdings nicht immer letztwillige Verfügungen zu enthalten; vergl. §§ 1516, Abs. 3 und 2292 B.G.B., in denen das eine Testament lediglich eine Zustimmung gibt, die notwendig ist zu der von dem andern Erblasser getroffenen letztwilligen Verfügung.

[2]) Wir möchten uns daher auch nicht Strohal anschließen, der das gemeinschaftliche Testament ein interessantes Beispiel nennt für ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, das nicht Vertrag ist (a. a. O., S. 319, Anm. 3). — Es liegen vielmehr u. E. zwei einseitige Rechtsgeschäfte vor, die nur rein äußerlich vielfach die Formerfordernisse einer einzigen Verfügung von Todeswegen aufweisen.

[3]) § 2256, Abs. 1 B.G.B.

[4]) § 2272 B.G.B.

[5]) § 2256, Abs. 1, Abs. 3 B.G.B.

also zwei Urkunden vor, so steht dem nichts im Wege, daß jedem Erblasser getrennt seine Verfügung herausgegeben, diese also widerrufen wird Eine wirkliche Einschränkung erleidet die Widerrufbarkeit nur beim korrespektiven gemeinschaftlichen Testament [1]), dem deshalb eine »gewisse innere Verwandtschaft mit dem Erbvertrage« [2]) innewohnt, das trotzdem aber grundsätzlich Testament, d. h. einseitige Verfügung von Todeswegen bleibt.

Fassen wir kurz das über das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments gewonnene Ergebnis zusammen, so kommen wir zu dem Resultat, daß das gemeinschaftliche Testament im Sinne der §§ 2265 ff. B.G.B. eine Verbindung der letztwilligen Verfügungen zweier Ehegatten darstellt, deren Bindeglied die innere subjektive Gemeinschaftlichkeit, d. h. die beiderseitige Kenntnis und Billigung ist, unter der die Errichtung der letztwilligen Verfügung vorgenommen wird. Da diese beiderseitige Übereinstimmung am deutlichsten dokumentiert wird, wenn die Verfügungen in einem äußerlich einheitlichen Akte errichtet werden, ist dies die zweckmäßigste Form des gemeinschaftlichen Testaments; ein Essentiale desselben bildet sie aber nicht.

---

[1]) Vergl. § 2271 B.G.B.

[2]) Planck-Ritgen a. a. O., Vorbem. 2 zu §§ 2265 ff. Zur eingehenderen Behandlung dieser Frage vergl. die bereits angeführten Abhandlungen von Zetzsche und Elsas.

II. Die einzelnen Erscheinungsformen des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Das eigenhändige gemeinschaftliche Testament.

§ 3.

a) Die Form des § 2267 B.G.B.

Hinsichtlich der Form, in der ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden kann, hat das Gesetzbuch, wie schon erwähnt, mit Ausnahme zweier Ergänzungsvorschriften zu den allgemeinen Bestimmungen über eine Testamentserrichtung keine besonderen Vorschriften gegeben. Diese allgemeinen Bestimmungen (§§ 2229 ff. B.G.B.) sind maßgebend auch für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments, denn dieses setzt sich ja zusammen aus zwei Sondertestamenten der Ehegatten; nach wie vor können diese sowohl in öffentlicher als auch in privater Form (§§ 2231 No. 1 und No. 2 B.G.B.) errichtet werden. Der Umstand aber, daß sie nicht als Einzelverfügung, sondern als Teil eines gemeinschaftlichen Testaments errichtet sind, ist auf ihre Gestaltung keineswegs ohne Einfluß geblieben. Es soll nun untersucht werden, welche Formen das gemeinschaftliche Testament annehmen kann, wenn es als eigenhändiges Privattestament nach § 2231 No. 2 B.G.B. errichtet wird.

Was zunächst die persönlichen Erfordernisse anbelangt, so wird die Testierfähigkeit zwar schon erreicht mit Vollendung des 16. Lebensjahres,[1]); solange aber der an sich Testierfähige minderjährig ist[2]), kann er ein eigenhändiges Testament nicht errichten; ebensowenig dürfen dies Personen, die nicht im stande sind, Geschriebenes zu lesen[3]). Diese scheiden also auch aus für die Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments.

---

[1]) § 2229, Abs. 2 B.G.B.

[2]) Nur die Ehefrau kann hierfür in Betracht kommen (vergl. § 1303, Abs. 1 B.G.B.).

[3]) § 2247 B.G.B.

In Folgendem soll nun eingehender das eigenhändige gemeinschaftliche Testament betrachtet werden, das nach § 2267 B.G.B. errichtet ist.

Zuerst schreibt der eine Erblasser, in der Regel (vergl. § 1354 Abs. I B.G.B.) der Ehemann, unter Beobachtung der Vorschriften des § 2231 No. 2 B.G.B. seinen letzten Willen, sowie den des andern Erblassers, eigenhändig nieder; gleichgültig ist es, ob die Ehegatten ihren letzten Willen zusammen, also in der Mehrzahl (»wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein«) erklären, oder in der Einzahl, in gesonderten Sätzen[1]). Das erstere wird der Fall sein, wenn sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen, das letztere, wenn ein testamentum mere simultaneum vorliegt[2]). Der zweite Erblasser fügt lediglich die ebenfalls unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung bei, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle[3]).

[1]) K.G.J., Bd. 29, Abt. A, S. 54.

[2]) Goldmann (in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin 1904, Bd. 48, S. 71) hält die Form des § 2267 B.G.B. nur für anwendbar, wenn ein testamentum reciprocum vorliegt, da es andernfalls unmöglich für den zweiten Ehegatten sei, zu erklären, daß die letztwillige Verfügung des andern auch als sein Testament gelten solle, da er ja ganz andere Bestimmungen treffen wolle als dieser. — Das Gesetz hat aber ohne Zweifel auch das testamentum simultaneum im Auge, denn es spricht vom gemeinschaftlichen Testament schlechthin. Wenn nun der eine Ehegatte den Inhalt des ganzen gemeinschaftlichen Testaments in seiner Verfügung erklärt, so ist dies bei einem testamentum mere simultaneum nur so denkbar, daß er zunächst seine eigenen Verfügungen und sodann auch die d esandern Ehegatten niederschreibt.

[3]) Ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament nach § 2267 würde demnach etwa folgendermassen lauten:

> »Ich, X. Z., treffe gemeinschaftlich mit meiner Ehefrau Y. Z., geb. W., nachstehende letztwillige Verfügung: Mein, des Ehemannes, alleiniger Erbe soll mein Bruder A sein.
>
> Alleiniger Erbe der testierenden Ehefrau Y. Z., geb. W., soll deren Schwester B sein.
>
> L., den 1. I. 1900.
>
> X. Z.
>
> Vorstehendes Testament soll auch als mein Testament gelten.
>
> L., den 1. I. 1900.
>
> Y. Z., geb. W.«

Durch diese Beitrittserklärung bewirkt der andere Erblasser, daß sein eigner letzter Wille, der von dem ersten Erblasser in dessen Testament erklärt ist, rechtliche Bedeutung als seine letztwillige Verfügung erlangt; zugleich dokumentiert er aber, da er dem ganzen Testament beitritt, daß die Verfügung des ersten Erblassers unter seiner Kenntnis und Billigung getroffen ist. Aus dem Umstande, daß der erste Erblasser für seinen Ehegatten dessen letzten Willen erklärt, ist nicht etwa zu schließen, daß in dem § 2267 B.G.B. eine Ausnahme vom § 2064 B.G.B. aufgestellt ist, wie Elsas[1]) annimmt. Die Bedeutung eines Testaments erlangt der vom ersten Erblasser erklärte letzte Wille des andern Ehegatten erst, wenn dieser die Beitrittserklärung abgibt; die eigentliche Testamentserrichtung wird also doch persönlich von ihm vorgenommen.

Der Grund für die erleichterte Form des § 2267 liegt nach der Ansicht der 2. Kommission[2]) darin, daß nur dann, wenn die zweite Verfügung inhaltlich unselbständig, abhängig von der ersten Verfügung ist, sich die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 No. 2 B.G.B. denken lasse.

Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen; auch dann nicht, wenn wir uns mit der 2. Kommission auf den Standpunkt stellen würden, daß eine formelle Einheit bei einem gemeinschaftlichen Testament begrifflich vorliegen muß, denn diese wird durch die inhaltliche Unselbständigkeit der Zusatzerklärung keineswegs gewahrt. Wie schon oben erwähnt, hat das Gesetz der Zusatzerklärung in formeller Hinsicht den Charakter eines selbständigen Testaments gegeben; hieran ändert u. E. die inhaltliche Unselbständigkeit nicht das geringste. Die innere subjektive Gemeinschaftlichkeit bei der Errichtung aber, die nach unserer Auffassung das einzige Charakteristikum eines gemeinschaftlichen Testaments ist, tritt, wie demnächst zu erörtern ist, keineswegs ausschließlich in der Form des § 2267 B.G.B. zutage, sondern auch dann,

---

[1]) Elsas a. a. O., S. 33.
[2]) Protokolle a. a. O., S. 429.

wenn das eigenhändige gemeinschaftliche Testament andere Formen annimmt.

Unseres Erachtens hat das Gesetzbuch die Errichtung der zweiten Verfügung in der erleichterten Form aus folgendem Grunde gestattet. Während bei nicht gemeinschaftlichen Testamenten eine derartige Errichtungsweise unmöglich zugelassen werden kann, da hierdurch Unterschiebungen seitens des Erblassers, der das Haupttestament errichtet, Tor und Tür geöffnet würde, zumal in der Praxis sich diese schwer oder gar nicht nachweisen lassen würden, ist diese Gefahr beim gemeinschaftlichen Testament als ausgeschlossen zu erachten, wenn man bedenkt, daß ein gemeinschaftliches Testament lediglich von Ehegatten errichtet werden kann, und eine Ehe auch nach Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches doch basiert auf dem gegenseitigen Vertrauen der Ehegatten. Wenn so nichts gegen eine solche Erleichterung spricht, so ist anderseits diese vom Gesetz durch den § 2267 gestattete Form die denkbar einfachste, bei der sich die beiderseitige Kenntnis und Billigung, unter der die Verfügungen getroffen sind, schon aus der Art der Errichtung ergeben, wenngleich diese Form, wie erwähnt, durchaus nicht die einzige ist, bei der dies der Fall ist.

Trotzdem halten wir es mit der 2. Kommission[1]) nicht für ganz unbedenklich, daß die eigenhändige Errichtungsform überhaupt für das gemeinschaftliche Testament zugelassen ist. Die Erwägung, wie mannigfachen Beeinflussungen durch Dritte ein Erblasser ausgesetzt ist, wenn er eigenhändig testiert[2]), hatte dazu geführt, daß im ersten Entwurf durch den § 1914 die holographischen Testamente überhaupt ausgeschlossen wurden. Erst bei der Beratung im Reichstag, und zwar zunächst in der Kommission, darauf auch im Plenum, wurde das eigenhändige Testament zugelassen auf Veranlassung der Bayrischen und Badischen Regierung, weil seine Einführung zweifellos einem tiefgefühlten Bedürfnisse ent-

[1]) Protokolle a. a. O., S. 429.

[2]) Vergl. Motive a. a. O., S. 257, und die dort Zitierten.

spräche[1]). Es wurde indessen nur in beschränktem Maße zugelassen insofern, als Personen, die unfähig sind, Geschriebenes zu lesen, sowie Minderjährigen, die private Errichtungsform durch § 2247 B.G.B. verschlossen wurde. Viel näher aber, als beim gewöhnlichen holographischen Testament liegt beim gemeinschaftlichen Testieren die Gefahr, daß durch eigenhändiges Testament einer zu weitgehenden Beeinflussung Raum gelassen wird; denn »für die Echtheit und Ernstlichkeit des Willens desjenigen Teils, welcher nur die Bestätigung beifügt, ist nicht völlige Garantie geboten«[2]). Dies ist um so bedenklicher, als, wie schon erwähnt, in der Regel die Frau diejenige ist, welche dem Haupttestamente beitritt, das Übergewicht des Mannes sich also allzuleicht geltend machen kann[3]). Es wäre um so eher angängig gewesen, die eigenhändige Testierform für das gemeinschaftliche Testament auszuschalten, als in dem früheren Geltungsgebiet des code civil, aus dem das eigenhändige Testament übernommen worden ist, die gemeinschaftlichen Testamente nicht zugelassen waren, also im Publikum eine derartige Beschränkung wohl kaum störend empfunden worden wäre[4]).

Ist das Haupttestament aus irgend einem Grunde nichtig, so ist auch die Beitrittserklärung nichtig, da sie ihrem accessorischen Charakter entsprechend das Vorhandensein eines gültigen Testaments des ersten Ehegatten voraussetzt. Ist dagegen die Beitrittserklärung nichtig, so wird das Haupttestament in seinem rechtlichen Bestand nicht dadurch getroffen; es müßte denn sein, daß die Verfügungen im korrespektiven Verhältnis zu einander stehen[5]).

Daß die Beitrittserklärung in den Worten des Gesetzes

[1]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und eines Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin (Heymann) 1896, S. 176.

[2]) Protokolle a. a. O., S. 429.

[3]) Ebenso Löwenwald a. a. O., S. 85.

[4]) Mattes a. a. O., S. 11.

[5]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 1 zu § 2267; Herzfelder a. a. O., Bem. 2 zu § 2267; Goldmann bei Gruchot a. a. O., S. 70; Meyer a. a. O., S. 21/22; O.L.G., Bd. 8, S. 288, Bd. 14, S. 307, Bd. 16, S. 72.

abgefaßt ist, ist keineswegs erforderlich; denn diese sollten nicht den Wortlaut vorschreiben, sondern nur den Inhalt der Erklärung bestimmen[1]). Zu diesem Zweck würde es genügen, wenn der zweite Erblasser unter das Haupttestament die Worte »gelesen, genehmigt und unterschrieben«[2]) oder »einverstanden«[3]) mit eigenhändiger Datierung und Unterschrift setzt. Eine bloße Mit-Unterschrift läßt dagegen diese Absicht nicht erkennen, könnte also auch nicht als Beitrittserklärung Geltung haben.[4]) Eichhorn[5]) ist der Ansicht, daß dieser Fall in der Praxis häufig eintreten wird, da das gemeinschaftliche Testament meistens von dem einen Erblasser in der Mehrzahl (»Wir bestimmen etc.«) abgefaßt wird und dann der andere Erblasser als Laie naturgemäß seine Unterschrift für genügend halten wird als Zeichen seines Einverständnisses; er nennt deshalb die Bestimmung des § 2267 B.G.B. »wenig praktisch«. Dagegen ist zu bedenken, daß der Laie bei einem so wichtigen Rechtsgeschäft wie einer Verfügung von Todeswegen in den Fällen, in denen er sich nicht des Notars oder Rechtsanwaltes bedient, doch ganz gewiß über die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen sich vorher orientieren wird; dies gilt für die Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments so gut, wie für das eigenhändige Einzeltestament.

Wenn auch dadurch, daß der Text der zweiten Verfügung lediglich eine Beitrittserklärung zu enthalten braucht, vom Gesetz eine Erleichterung gestattet ist, so müssen doch im übrigen die Formvorschriften des § 2231 No. 2 von beiden Verfügungen aufs strikteste innegehalten werden. Gerade weil im Gesetz für das eigenhändige Testament nur wenige, einfache Formen vorgeschrieben sind, muß hinsichtlich dieser wenigen Formen eine desto größere Strenge herrschen, wie

---

[1]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 2a zu § 2267; Herzfelder a. a. O., Bem. 2 zu § 2267; Dernburg a. a. O., S. 254; Meyer a. a. O., S. 23/24.

[2]) O.L.G., Bd. 9, S. 419.

[3]) Dernburg a. a. O.; Planck-Ritgen a. a. O.

[4]) Dernburg a. a. O; Goldmann a. a. O.; O.L.G., Bd. 16, S. 72.

[5]) Eichhorn, Das Testament: Hand- und Musterbuch für letztwillige Verfügungen, Berlin 1900, S. 152/53.

sie auch der Wichtigkeit des Aktes einer Testamenterrichtung entspricht.[1])

So ist vom Kammergericht[2]) das Haupttestament, und damit das ganze gemeinschaftliche Testament für ungültig erklärt worden, in dem der Ehemann bei der Datierung der Haupterklärung die Jahreszahl nicht hinzugefügt hatte. Daß eine Unvollständigkeit in der Datierung einer der Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments nicht ergänzt werden kann aus dem Datum der andern Verfügung, selbst nicht durch den Nachweis, daß beide Verfügungen an demselben Tage errichtet sind, ist auch an anderer Stelle ausgesprochen worden.[3])

Selbstverständlich ist unbedingt erforderlich, daß auch die Beitrittserklärung datiert ist.[4]) Wie Förtsch[5]) der unzweideutigen Vorschrift des § 2267 Satz 2 des B.G.B. entgegen die Ansicht vertreten kann, daß es einer Datierung nicht mehr benötige, wenn die Haupterklärung über ihrem Text ein Datum aufweist, ist uns unerfindlich.

Unter Unterschrift ist allgemeiner Regel[6]) zufolge stets Namensunterschrift zu verstehen.[7]) Eine lediglich familiäre Bezeichnung wie: »Euer Vater«, die Dernburg[8]) für zulässig hält, ist nicht als ausreichend anzusehen. Wie Jastrow ausführt, braucht man hierin keinen Verstoß gegen die volkstümliche Auffassung zu befürchten; »denn daß eine Unterschrift einen Namen enthalten muß, ist Gemeingut der Auf-

---

[1]) R.G., Bd. VII, S. 294; O.L.G., Bd. III, S. 878; Herzfelder a. a. O., Bem. V am Anfang zu § 2231.

[2]) O.L.G., Bd. 16, S. 52/53.

[3]) Vergl. K.G.J., Bd. 28, Abt. A., S. 301.

[4]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 2b zu § 2267; Endemann a. a. O., S. 119; O.L.G., Bd. 8, S. 288 u. a.

[5]) Förtsch in »Das Recht«, 4. Jahrg., S. 548; ebenso weist bei Eichhorn a. a. O., S. 155 in dem Musterbeispiel für ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament die Beitrittserklärung kein Datum auf.

[6]) Vergl. § 126, Abs. 1 B.G.B.

[7]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 3a zu § 2231; Herzfelder a. a. O., Bem. VB zu § 2231; Strohal a. a. O., S. 107; Cosack a. a. O., S. 688; Jastrow in Busch's Z. a. a. O., S. 502.

[8]) Dernburg a. a. O., S. 73.

fassung vom Höchsten bis zum Niedersten im Volke.« Daß der Nachname, dessen sich der Erblasser zur Unterschrift bedient, diesem rechtlich zusteht, ist nicht nötig, wenn er nur den Namen, den er bei der Unterschrift gebraucht, im bürgerlichen Leben tatsächlich führt und als Träger eben dieses Namens bekannt ist.[1]) Der Gebrauch eines Pseudonyms ist also unter Umständen als zulässig anzusehen.[2]) Für fürstliche Personen oder Würdenträger der katholischen Kirche ist es aus diesem Grunde ausreichend, wenn sie nur mit ihrem Vornamen unterschreiben.[3])

Unter einer Unterschrift ist nur diejenige Namensunterschrift zu verstehen, durch die zum Ausdruck hat gebracht werden sollen, daß der Kontext der mit der Namensunterschrift versehenen Urkunde die abgeschlossene Erklärung des Unterschreibenden ist. Hieraus folgt, daß sie in der Weise auf der Urkunde angebracht sein muß, daß sie die Erklärung räumlich abschließt, also auch äußerlich die ganze Erklärung deckt.[4]) Maßgebend dafür, wann dies im Einzelfalle zutrifft, ist lediglich die Auffassung, wie sie im Verkehrsleben darüber herrscht.[5]) Ein über dem Texte stehender Name gilt nicht als Unterschrift, das Testament ist also nichtig.[6]) Ebensowenig liegt eine Unterschrift vor, wenn der Name in den Text der Erklärungen aufgenommen ist.[7]) Zu weitgehend im Formalismus ist hingegen ohne Frage eine Entscheidung des Kammergerichts,[8]) in der behauptet wird, daß eine Unterschrift auch unter dem Kontext stehen,[9]) also dieser räumlich nachfolgen müsse und in der deshalb ein Testament für

---

[1]) Strohal a. a. O., S. 107.

[2]) Dagegen Herzfelder a. a. O., Bem. VB zu § 2231 und die dort Zitierten.

[3]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 3a zu § 2231; Strohal a. a. O., S. 107.

[4]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 3c; Strohal a. a. O., S. 108; Cosack a. a. O., S. 688 u. a. — Vergl. auch Motive, Bd. I, S. 185.

[5]) Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1906, S. 142.

[6]) K.G.-Entscheidung in »Das Recht«, 8. Jahrg., S. 55.

[7]) O.L.B., Bd. V, S. 348.

[8]) O.L.G., Bd. 7, S. 363.

[9]) Wie Danz (a. a. O., S. 143, Anm. 1) mit Recht hervorhebt, ist dies die »reine Buchstabeninterpretation«, die doch durch die §§ 133 und 157 B.G.B. verboten ist.

nichtig erklärt wird, dessen Unterschrift in einer Linie mit der letzten Zeile des Textes stand.[1]) Unterschrieben zu werden braucht bloß die den letzten Willen enthaltende Erklärung; es tut daher der Gültigkeit des Testaments keinen Abbruch, wenn das Datum nicht durch die Unterschrift gedeckt wird, sondern unter dieser der Erklärung beigefügt wird.[2])

Ein Nachholen der Unterschrift, die bei Errichtung der einen Verfügung vergessen ist, nach dem Tode des andern Erblassers ist unzulässig. Am einleuchtendsten ist dies bei einem gemeinschaftlich errichteten korrespektivem Testament. Denn durch die nachträgliche Erfüllung dieser gesetzlichen Formvorschrift bei der einen Verfügung würde zunächst diese, damit aber auch die von ihrem Bestande abhängige andere Verfügung, die bis dahin unwirksam war, wieder wirksam werden: die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung ist aber lediglich nach den zur Zeit des Todes des Erblassers vorliegenden Umständen zu beurteilen. Aber auch bei einem testamentum mere simultaneum kann ein Nachholen der Unterschrift nicht zugelassen werden, denn hierdurch würde erst die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vollzogen werden: ein gemeinschaftliches Testament kann aber nach dem Tode des einen Erblassers nicht mehr errichtet werden, da dies nur Ehegatten zusteht, eine Ehe ja aber überhaupt nicht mehr besteht, wenn der eine Ehegatte gestorben ist.[3]) Lediglich im Wege der Konversion kann eine Verfügung, die dergestalt nachträglich unterschrieben ist, als Einzeltestament aufrecht erhalten bleiben, wenn allen Anforderungen des § 2231 No. 2 B.G.B. entsprochen ist.

Eine weitere Streitfrage ist die, ob die Geltung des Haupttestaments sowie der Beitrittserklärung davon abhängig ist, daß das Orts- und Zeitdatum richtig ist, also den Ort

[1]) Mit Recht nennt Dernburg a. a. O., S. 73, diese Entscheidung einen »schweren Mißgriff«.

[2]) R.G., Bd. 43, S. 379; K.G.J., Bd. 22, Abt. A. S. 51; O.L.G., Bd. 2, S. 138.

[3]) O.L.G., Bd. 14, S. 307.

und die Zeit bezeichnet, in welcher es zugefügt wurde. [1]) In der Praxis, [2]) ebenso von Dernburg u. a. [3]) wird diese Frage bejaht, da die Datierung von Wichtigkeit ist zur Entscheidung der Frage, ob der Erblasser testierfähig ist, ob Willensmängel vorhanden sind, ferner für den Beweis in Fällen, in denen die Echtheit der Urkunde zweifelhaft ist, und für viele andere Umstände. Wir sind mit Strohal, Planck und anderen [4]) entgegengesetzter Ansicht. Wie Planck ausführt, enthält ein nach § 2231 No. 2 errichtetes Testament nicht, wie das Protokoll eines öffentlichen Testaments, die Beurkundung eines tatsächlichen Herganges, sondern in allen ihren Bestandteilen unmittelbar die letztwillige Verfügung selbst. Im Datum wird demnach nur ausgedrückt, welchen Ort und Tag der Erblasser als denjenigen der Ausstellung angesehen wissen will. Beim Wechsel, für den durch Art. 4 No. 6 der Wechselordnung »Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung« erfordert wird, ist dies allgemein anerkannt. [5]) Dieselben Gesichtspunkte, die hierfür maßgebend sind, kommen auch für das eigenhändige Testament in Betracht, da hier wie dort die Urkunde einen reinen Willensakt darstellt. Inwiefern beim

---

[1]) Daß das Datum, um richtig zu sein, nicht in allen Fällen dem Ort und der Zeit der Abfassung des Textes entsprechen muß, scheint uns zweifellos, denn erst, wenn alle Erfordernisse des § 2231 No. 2 erfüllt sind, liegt ein Testament vor. Wird die Datierung also dem schon in früherer Zeit niedergeschriebenen Texte nebst Unterschrift beigefügt, so ist dies der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments (O.L.G., Bd. II, S. 136; Dernburg a. a. O., S. 75). — Endemann (a. a. O., S. 119) und Frommhold (Bem. 2c zu § 2231) halten dagegen die Vollziehung der Unterschrift in jedem Falle für den Zeitpunkt, der maßgebend für die Testamentserrichtung ist.

[2]) R.G., Bd. 43, S. 378; Bd. 51, S. 166; O.L.G., Bd. 12, S. 375 u. 379.

[3]) Dernburg a. a. O., S. 75; Frommhold a. a. O., Bem. 2b zu § 2231: Endemann a. a. O., S, 119, Anm. 16; Kipp zu Windscheid a. a. O., S. 226.

[4]) Strohal a. a. O., S. 109; Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 3d zu § 2231; Cosack a. a. O., S. 687; Boehm, Das Erbrecht des B.G.B., Hannover 1900, S. 80; Meyer a. a. O., S. 22, Anm. 15; K.G.J., Bd. 24, Abt. A, S. 45.

[5]) Staub, Kommentar zur Allg. Deutschen Wechselordnung, Berlin 1896, Bem. 35 und 38 zu Art. 4 W.O.

Wechsel »besondere« Verhältnisse vorliegen sollen, wie Dernburg [1]) meint, vermögen wir nicht einzusehen. Deshalb, weil das Datum unrichtig sein kann, ist aber das Formerfordernis der Datierung keineswegs zwecklos. Das Datum hat die Aufgabe, die letztwillige Verfügung von anderen bedeutungslosen Notizen zu unterscheiden; es soll darauf hinweisen, daß hier nicht ein bloßer »Wisch« [2]) vorliegt. [3]) Aber selbst wenn man die richtige Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung verlangen würde, wäre das Testament in allen den Fällen — und dies werden die weitaus häufigsten sein, denn wer wird absichtlich sein Testament falsch datieren — gültig, in denen der Erblasser versehentlich den Ort oder die Zeit unrichtig bestimmt hat und der Irrtum aus dem Testament selbst oder aus andern sicheren Anzeichen berichtigt werden kann. [4]) Mit der falschen Bezeichnung hat nämlich der Erblasser in Wahrheit gar nicht den Tag und Ort erklärt, den der äußere Anschein der Erklärung ergibt, denn es ist allgemein erkennbar aus den Tatsachen, aus denen die Unrichtigkeit des Datums erwiesen wird, daß das Datum einen anderen Tag und Ort bezeichnen soll. Der Erblasser hat sich also nur eines falschen Ausdruckes bedient, aber damit doch den Tag und Ort erklärt, den er, wie allgemein erkennbar, im Sinne hatte. [5])

[1]) Dernburg a. a. O., S. 75.

[2]) Danz a. a. O., S. 144, Anm. 2.

[3]) So auch Meyer a. a. O., S. 23, Anm. 15.

[4]) Dernburg a. a. O., S. 76; Kipp zu Windscheid a. a. O., S. 226; Hölder in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Jena 1900, Bd. 41, S. 311; Meyer a. a. O., S. 23, Anm. 15. — Dagegen Frommhold a. a. O., Bem. 2b zu § 2231; O.L.G., Bd. 12, S. 378; Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 4d, vorletzter Absatz zu § 2231. — Nach letzterem ist das versehentlich unrichtige Datum anfechtbar nach § 2078 B.G.B.; erfolge die Anfechtung nach Maßgabe der §§ 2080 ff., so wäre die Angabe des unrichtigen Datums nichtig und die Verfügung werde so beurteilt, wie wenn die unrichtige Datierung nicht erfolgt wäre.

[5]) Vergl. Danz a. a. O., S. 144, 145; Hölder, Kommentar z. allg. Teil des B.G.B., München 1900, S. 17: »Wer sich verschrieben oder versprochen hat, hat anstatt des Gesprochenen oder Geschriebenen etwas anderes erklärt, wenn der Zusammenhang seiner Rede einen andern Sinn jener Worte ergibt.«

Nicht erforderlich ist es, daß das Zeitdatum durch Tag, Monat und Jahr angegeben wird. [1]) Nach Dernburg und Planck-Ritgen [2]) genügt sogar die Bezugnahme auf ein Ereignis, das nicht einmal allgemein bekannt zu sein braucht, z. B. »am Tage meiner silbernen Hochzeit«. Wie Jastrow [3]) hervorhebt, kann das Zulassen einer derartig unbestimmten Datierung Ergebnisse zeitigen, die geradezu absurd sind, wie »am Tage, an dem ich mir den linken Zeigefinger verbrüht habe«. Dass eine derartige Datierung unmöglich ist, liegt auf der Hand. Um nun aber das leitende Prinzip für das Zeitdatum anzugeben, das nicht Kalendertag ist, möchten wir uns Jastrow anschließen, der die Angabe eines Kalendertages nur dann für nicht erforderlich hält, wenn die Bezeichnung es ermöglicht, allein an der Hand der Urkunde den Kalendertag festzustellen.

Streitig ist ferner, ob es notwendig ist, daß das Zeitdatum der Beitrittserklärung mit dem der Haupterklärung übereinstimmt. Dies wird behauptet von Eichhorn, sowie von Jastrow und Hölder [4]), da der Errichtungsakt ein gemeinschaftlicher, also »gleichzeitiger« sein müßte. Wie wir oben gesehen haben, ist bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments eine unitas actus durchaus nicht erforderlich; es steht daher auch dem nichts im Wege, daß die beiden Erklärungen eine verschiedene Datierung aufweisen [5]). Da die

---

[1]) Dernburg a. a. O., S. 73; Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 4b zu § 2231; Frommhold a. a. O., Bem. 2b zu § 2231; Hölder bei Ihering a. a. O., S. 308.

[2]) Dernburg a. a. O.; Planck-Ritgen a. a. O.

[3]) Jastrow a. a. O., S. 501.

[4]) Eichhorn in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Halle a. S., Jahrgang 1901, S. 248; Jastrow, Notariatsrecht, S. 207; Hölder in Iherings Jahrbüchern a. a. O., S. 324.

[5]) Ebenso Mantey in »Das Recht« a. a. O., S. 430; Endemann a. a. O., S. 119, Anm. 14; Strohal a. a. O., S. 322, Anm. 13; Dernburg a. a. O., S. 254; Herzfelder a. a. O., Bem. 2 zu § 2267; Leske, vergl. Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des P.A.L.R., 2. Hälfte, Berlin 1903, S. 1246/47, Anm. 5: Goldmann bei Gruchot a. a. O., S. 70. Auch von Planck-Ritgen (Bem. 2, B zu § 2267) wird diese Ansicht vertreten; wie sich aber mit ihr dessen oben wiedergegebene Auffassung deckt, daß ein gemeinschaftliches Testament ein Testament sei, in dem

Beitrittserklärung das Vorhandensein der Haupterklärung voraussetzt, muß aber im Falle der Abweichung letztere ein früheres Datum zeigen[1]). — Ebensowenig, wie eine Identität des Zeitdatums, ist eine solche des Ortdatums begrifflich erforderlich[2]).

Zu untersuchen ist ferner die Frage, ob die Zusatzerklärung notwendig auf derselben Urkunde, wie die Haupterklärung stehen muß, oder ob diese in einer besonderen Urkunde abgegeben werden kann, wenn nur ihre Zugehörigkeit zum Haupttestament zweifellos sich bestimmen läßt. Daß in letzterem Falle derjenige, der die Zusatzerklärung abgegeben hat, vollkommen in die Hand des Haupttestierenden gegeben ist, ist einleuchtend; denn würde letzterer in betrügerischer Absicht das alte Testament vernichten und in einem neuen, welches dieselben Merkmale wie das vernichtete aufweist, von diesem abweichende Verfügungen errichten, so würde eine solche Unterschiebung wohl kaum nachweisbar sein. Aber einerseits ist stets zu beachten, daß das gemeinschaftliche Testament basiert auf einer würdigen, ethisch hochstehenden Auffassung von der Ehe, daß man füglich auch mit derartigen betrügerischen Manipulationen unter Ehegatten grundsätzlich nicht rechnen darf; andererseits wäre dieser Punkt, den Meyer und anscheinend auch Strohal[3]) heranziehen zur Begründung ihrer Ansicht, daß beide Erklärungen in derselben Urkunde niedergelegt werden müssen, lediglich de lege ferenda beachtenswert, de lege lata kann er nicht in Frage kommen. — Dagegen ist es nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn von verschiedener Seite[4]) die Ansicht vertreten wird, aus der Bezeichnung des Gesetzes: »beifügt« ginge hervor, daß die Bestätigungserklärung auf derselben Urkunde dem

---

mehrere letztwillige Verfügungen von mehreren Erblassern in ein und demselben Rechtsakte errichtet sind, vermögen wir nicht einzusehen.

[1]) Endemann a. a. O.; Planck-Ritgen a. a. O.; Goldmann a. a. O.; Leske a. a. O.; Meyer a. a. O., S. 24.

[2]) Mantey in »Das Recht« a. a. O., S. 430; Dernburg a. a. O., S. 254.

[3]) Meyer a. a. O., S. 24, Anm. 19; Strohal a. a. O., S. 322, Anm. 14.

[4]) Wilke, a. a. O., Bem. 1 zu § 2267; Mantey in »Das Recht«, 5. Jahrg., S. 430; Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 2, c zu § 2267; Meyer a. a. O., S. 24.

Haupttestament beigefügt werden müßte oder doch auf einem Blatte, das mit diesem äußerlich, sei es durch Heften, oder in anderer Weise verbunden ist[1]). — Wäre lediglich die Bestätigungserklärung beizufügen, so würden wir uns dieser Auffassung anschließen. Im § 2267 Satz 2 B.G.B. wird aber der Erklärung der Charakter einer in formeller Hinsicht selbständigen, der ersten koordinierten Verfügung von Todeswegen gegeben; wir sind deshalb der Ansicht, daß das Gesetz statt der indifferenten Bezeichnung: »Erklärung abgibt« die Ausdrucksweise: »Erklärung beifügt« lediglich deshalb gewählt hat, um auf den accessorischen Charakter hinzuweisen, der inhaltlich der zweiten Verfügung innewohnt. Im § 2231 No. 2 B.G.B. ist für den Fall, daß das eigenhändige gemeinschaftliche Testament auf mehrere Blätter geschrieben ist, keine Vorschrift darüber gegeben, daß und wie diese Blätter mit einander verbunden werden sollen; es genügt, wenn sich aus dem Inhalt der Stücke oder sonstiger Weise ergibt, daß sie zusammengehören und miteinander ein gemeinschaftliches Testament bilden[2]). Wievielmehr wird dies zutreffen für die formell selbständigen beiden Verfügungen; geht es klar hervor, daß die Zusatzerklärung gerade zu diesem bestimmten Testament abgegeben ist, so bilden die Verfügungen ohne Frage ein gemeinschaftliches Testament, auch wenn sie auf zwei verschiedenen Blättern errichtet sind

Während außer den Genannten auch Neumann und Eichhorn[3]) die entgegengesetzte Ansicht vertreten, verlangt Dernburg[4]) lediglich, daß die beiden Blätter, auf denen die Erklärungen stehen, äußerlich als zusammengehörig erscheinen mittels Zusammenheftens oder in anderer Weise. Es würde also nach ihm auch genügen, wenn die beiden Urkunden als zusammengehörig in amtliche Verwahrung (§ 2248 B.G.B.) gegeben und zusammen dort aufbewahrt würden.

---

[1]) Meyer a. a. O., S. 24.

[2]) O.L.G., Bd. 9, S. 418.

[3]) Neumann, Handausgabe des B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin 1905, Anm. zu § 2267; Eichhorn in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins a. a. O., S. 249.

[4]) Dernburg a. a. O., S. 253; ebenso Mattes a. a. O., S. 13.

Mit uns der Ansicht, daß die Zusatzerklärung auf einem andern Blatte als das Haupttestament abgegeben werden kann, wenn nur ihre Zusammengehörigkeit unfehlbar nachzuweisen ist, sind anscheinend Fischer-Henle und Herzfelder[1]), die ganz allgemein sagen, daß bei einem gemeinschaftlichen Testamente die beiderseitigen Verfügungen nicht auf demselben Blatte zu stehen brauchen.

Für die Praxis empfiehlt es sich aber, beide Erklärungen auf demselben Bogen abzugeben oder doch als zusammengehörig in amtliche Verwahrung zu geben, da bei dem Tode des einen Ehegatten beide Verfügungen zu eröffnen sind [wenn auch die des überlebenden Ehegatten möglichst nicht verkündet werden soll (§ 2273)] und der Nachlaßrichter notwendigerweise, in erster Linie mit Rücksicht auf den § 2270 B.G.B. den Inhalt des ganzen gemeinschaftlichen Testaments kennen muß. Sind aber die Verfügungen nicht auf einem Blatte errichtet, so ist es nur zu leicht möglich, daß das Blatt mit der entsprechenden Erklärung des Überlebenden, das sich in dessen Gewahrsam befindet, verlegt ist oder seine Beibringung Schwierigkeiten macht. Auch wird es nicht immer ganz leicht sein, die Urkunden so zu bezeichnen, daß über ihre Zusammengehörigkeit kein Zweifel möglich ist.

Was endlich die Frage anbelangt, ob nachträgliche Änderungen oder Einschaltungen, die im Texte von einem Ehegatten, aber in Gemeinschaft mit dem andern, d. h. mit dessen Zustimmung und Billigung an dem gemeinschaftlichen Testamente vorgenommen werden, rechtliche Gültigkeit haben, so wird dies von Planck-Ritgen [2]) verneint. Nachträgliche Änderungen seien nur in der Form eines Zusatzes möglich, der

---

[1]) Fischer-Henle a. a. O., Bem. 1 zu § 2267; Herzfelder, Bem. 2 a. E. zu § 2267. — Die dort und auch von Meyer (a. a. O., S. 24, Anm. 19) zitierte Entscheidung des Bayr.Ob.L.G. in O.L.G. Bd. 9, S. 417 betrifft nicht die Frage, ob die Zusatzerklärung auf demselben Bogen wie die Haupterklärung zu schreiben ist, sondern ob dann, wenn das holographische gemeinschaftliche Testament nicht in der Form des § 2267 errichtet ist, die beiden gemeinschaftlichen Verfügungen auf derselben Urkunde zu errichten sind.

[2]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 4 zu § 2267.

allen Anforderungen eines neuen Testaments entspräche. Denn auch wenn die Änderung von dem einen Ehegatten mit Zustimmung des anderen Teiles vorgenommen würde, so träte doch die Zustimmung nicht in der Urkunde hervor; es fehle also an einem wesentlichen Erfordernis des gemeinschaftlichen Testaments. Wie Herzfelder [1]) mit Recht bemerkt, wird von Planck-Ritgen die Beweisfrage mit dem Erfordernisse der Gültigkeit vermengt. Nachträgliche Änderungen in dem Texte eines holographischen Einzeltestaments, die durch die Unterschrift des Testaments gedeckt werden, sind gültig; hierin stimmt Planck-Ritgen [2]) mit Herzfelder [3]) überein. Demnach ist die nachträgliche Änderung beim eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament ebenfalls rechtswirksam; es muß sich nur der Beweis erbringen lassen, daß diese in Gemeinschaft mit dem andern Erblasser vorgenommen ist. Daß diese Gemeinschaftlichkeit sich aus dem Testament ergeben muß, wie Strohal [4]) fordert, ist keineswegs nötig, wenngleich der Beweis der Gemeinschaftlichkeit durch einen Vermerk des zweiten Erblassers auf der Beitrittserklärung, daß er sich die Änderung aneigne, sehr erleichtert würde. Aus diesem Grunde empfiehlt ihn auch Herzfelder. [5]) Ebenso rät er zur Vermeidung von Anfechtung bei der nachträglichen Änderung das entsprechende Datum hinzuzusetzen. [6])

[1]) Herzfelder a. a. O., Bem. 3 zu § 2267.

[2]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. II, 5 a. E. zu § 2231.

[3]) Herzfelder a. a. O., Bem. VD zu § 2231. — Die Zulässigkeit einer späteren Änderung ohne neue Datierung und Unterschrift sucht er mit dem von ihm verlangten Erfordernisse der Richtigkeit des Datums dadurch in Einklang zu bringen, daß er sagt, es läge im Wesen des so wenig Formen erfordernden holographischen Testaments, daß leicht und einfach Änderungen und Einfügungen daran vorgenommen werden könnten, so oft der Erblasser sich dazu veranlaßt fühlt; es könne derselbe deshalb sogar zu späteren Einschiebungen und Zusätzen sich von vornherein Raum freilassen; es liegt also in diesem Falle nach Herzfelder ein teilweises Testieren in blanco vor.

[4]) Strohal a. a. O., S. 360, Anm. 6; ebenso Meyer a. a. O., S. 27.

[5]) Herzfelder a. a. O., Anm. 3 zu § 2267.

[6]) Daß diejenigen, die die Richtigkeit der Datierung als Formerfordernis des eigenhändigen Testaments ansehen, bei der nachträglichen Änderung es auch als unbedingt erforderlich halten müssen, daß ein neues Datum

§ 4.

b) Die Formen, in denen das eigenhändige gemeinschaftliche Testament, abgesehen von der Form des § 2267 B.G.B., errichtet werden kann.

Von der Mehrheit der zweiten Kommission ist die einem Antrage zugrunde liegende Ansicht, daß das eigenhändige gemeinschaftliche Testament von jedem Ehegatten vollständig geschrieben werden müsse, nicht gebilligt worden, da bei Annahme dieses Vorschlages nicht ein, sondern zwei Testamente vorlägen; lediglich in der Form des § 2267 sei ein holographisches gemeinschaftliches Testament anwendbar.[1])

Diese Ansicht der zweiten Kommission hat in der Literatur nur wenig Anhänger gefunden.[2]) Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen. Aus dem Wörtchen »genügt« geht hervor, daß mit dem § 2267 nur das Mindestmaß dessen hat aufgestellt werden sollen, was verlangt werden muß. Wie schon oben erwähnt, muß, nach den Worten des Gesetzes zu schließen, als regelmäßig die Form angenommen werden, bei der auch der zweite Erblasser die Verfügungen ihrem ganzen Inhalte nach eigenhändig schreibt unter Beobachtung der Erfordernisse des § 2231 No. 2 B.G.B. Daran, daß die Mehrheit der Verfasser des Gesetzestextes eine entgegengesetzte Meinung von dem § 2267 B.G.B. hat, darf man sich nicht stoßen. Ist das Gesetz publiziert, so ist es vom Willen seiner Urheber losgelöst; lediglich an das, was im Gesetz auch wirklich zum Ausdruck gelangt ist, hat man sich bei Interpretation des Gesetzestextes zu halten. Die Ansicht und Absicht der Verfasser des Gesetzes hat Bedeutung einzig und

---

hinzu- oder an die Stelle des ursprünglichen Datums gesetzt wird, ist nach Meyer (a. a. O., S. 27, Anm. 32) »selbstverständlich«. Auch Strohal (a. a. O., S. 330, Anm. 6) steht auf diesem Standpunkte. — Daß dies nicht der Fall zu sein braucht, beweisen die oben wiedergegebenen Ausführungen Herzfelders (a. a. O., Bem. VD zu § 2231),

[1]) Protokolle a. a. O., S. 429.

[2]) Löwenwald a. a. O., S. 85; Boehm a. a. O., S. 213; Eichhorn, Das Testament, S. 153; Jastrow, Notariatsrecht, S. 207.

allein durch das Gewicht ihrer Gründe. Das Reichsgericht hat sich verschiedentlich mit Nachdruck dagegen gewandt, daß dem Inhalt von legislativen Vorarbeiten ein zu großes Gewicht beigemessen wird gegenüber den Konsequenzen, die sich aus der Fassung und der systematischen Gliederung des auszulegenden Gesetzes ergeben[1]).

So verschieden auch, wie oben ausgeführt, überall die Auffassung ist von dem, was das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments ausmacht, so ist man doch mit ganz geringer Ausnahme im Gegensatz zur 2. Kommission allgemein[2]) der Ansicht, daß auch das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments es keineswegs erfordert, daß die Errichtung des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments in der Form des § 2267 B.G.B. vorgenommen wird; vielmehr glaubt man, daß sich mit dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments auch andere Formen in Einklang bringen lassen.

Nach Planck-Ritgen[3]) kann außer in der Form des § 2267 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament auf die Weise errichtet werden, auf die, wie oben erwähnt, schon der Wortlaut des Gesetzes hindeutet; nämlich so, daß jeder Ehegatte das Testament seinem ganzen Inhalte nach, also einschließlich der Verfügungen des anderen Teiles, unter An-

[1]) R.G., Bd. 16, S. 194; ebendort S. 102.

[2]) Dernburg a. a. O., S. 254; Strohal a. a. O., S. 223; Kipp zu Windscheid a. a. O., S. 313; Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 3 zu § 2267; Herzfelder a. a. O., Bem. 2 zu § 2267; Frommhold a. a. O., Bem. 3 zu §§ 2266/67; Goldmann a. a. O., S. 71; Meyer a. a. O., S. 25; Peiser, Handbuch des Testamentsrichters, Berlin 1902, S. 333, Anm. 3, Abs. 1; Leske a. a. O., S. 1246, Anm, 5; Fischer-Henle a. a. O., Bem. 1 zu § 2267; Mattes a. a. O., S. 144; Windels, Das gemeinschaftliche Testament, Leipz. Diss. 1903, S. 67; O.L.G., Bd. 9, S. 417, 418 (Bayr. Ob.L.G.); O.L.G., Bd. 11, S. 250 ff. (K.G.). — Ferner haben Eichhorn und Jastrow, die, wie oben zitiert, früher auf dem entgegengesetzten Standpunkt standen, sich inzwischen ebenfalls dieser Ansicht angeschlossen: Eichhorn in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Jahrg. 1901, S. 248; Jastrow in Busch's Z. a. a. O., S. 504/505.

[3]) Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 3 zu § 2267.

gabe von Zeit und Ort eigenhändig schreibt und unterschreibt[1]). Es lägen in diesem Falle nicht zwei formell selbständige Testamente vor, da jede Niederschrift, weil sie inhaltlich auch Erklärungen des anderen Teiles enthalte, für sich nur etwas Unfertiges darstelle. — Wir haben schon sub § 2 unserer Abhandlung darauf hingewiesen, daß jede Niederschrift recht wohl als Einzeltestament Geltung haben kann, es also nicht zutreffend ist, daß erst beide Niederschriften ein, und zwar ein gemeinschaftliches, Testament bilden. Noch viel weniger können wir aber Planck-Ritgen zustimmen, wenn er sagt, der Identität des Errichtungsaktes werde dadurch Genüge getan, daß »die beiden Niederschriften so gefaßt und auf dem Papier so angebracht sind, daß ihre Zusammengehörigkeit in die Augen springt«. Selbst wenn die Verfügungen unmittelbar hintereinander niedergeschrieben werden, liegt doch niemals »ein und derselbe Errichtungsakt« vor. Wenn die geschilderte Form ebenso, wie die folgenden zu besprechenden, auch mit unserer Auffassung von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments sehr wohl zu vereinbaren ist, so ist sie doch mit der Planck-Ritgenschen Meinung, daß ein gemeinschaftliches Testament in einem und demselben Akt errichtet werden müsse, u. E. keineswegs zu vereinbaren. Ebensowenig aber auch die andere von Planck-Ritgen befürwortete Form, in der jeder Ehegatte zunächst die von ihm getroffenen Verfügungen niederschreibt und unter diese beiden letztwilligen Verfügungen

[1]) Das Testament würde also folgendermaßen abgefaßt sein:

Ich, X. Z., treffe gemeinschaftlich mit meiner Ehefrau Y. Z. geb. W. nachstehende letztwillige Verfügung:

Mein, des Ehemannes, alleiniger Erbe soll mein Bruder A. sein. — Alleiniger Erbe der testierenden Ehefrau Y. Z. geb. W. soll deren Schwester B. sein.

L., den 1. I. 1900.

X. Z.

Ich, Y. Z. geb. W., treffe gemeinschaftlich mit meinem Ehemann X. Z. nachstehende letztwillige Verfügung:

Mein, der Ehefrau, alleiniger Erbe soll meine Schwester B. sein. — Alleiniger Erbe des testierenden Ehemannes soll dessen Bruder A. sein.

L., den 1. I. 1900.

Y. Z. geb. W.

jeder Datum und Unterschrift setzt[1]) Auch hier liegt u. E. keine unitas actus vor, vielmehr wird der Testierakt des einen Teiles, der besteht aus Niederschrift der Erklärung, der Unterschrift und des Datums, bevor er zu Ende geführt ist, unterbrochen dadurch, daß ein Teil des andern Testieraktes vorgenommen wird; hierauf wird zunächst der erste, dann der zweite Testierakt zu Ende geführt. Die beiderseitigen Verfügungen werden also in zwei selbständigen von einander verschiedenen Akten getroffen, nur wird zeitlich der eine immer von dem andern unterbrochen.

Die von Planck-Ritgen beschriebenen Formen nennt auch Strohal.[2]) Er hebt hervor,[3]) daß die auf die Weise getroffenen Verfügungen ebenfalls den »Charakter der Gemeinschaftlichkeit« trügen. Dies trifft zu; inwiefern findet aber bei ihnen eine Verbindung zu einer formellen Einheit statt, die nach Strohal bei einem gemeinschaftlichen Testament begrifflich vorliegen muß? Daß die Einheit der Urkunde eine solche nicht schafft, haben wir schon sub § 2 unserer Abhandlung hervorgehoben.

Beim Vorliegen der zu zweit erwähnten Form, bei der zunächst jeder Erblasser seine Verfügung eigenhändig niederschreibt und dann die beiderseitigen Verfügungen von beiden unterschrieben werden, hält es Peiser[4]) für genügend, wenn die Niederschrift des Orts- und Zeitdatums nur einmal durch einen Erblasser geschieht. Hiergegen macht Strohal, der noch in der zweiten Auflage seines Erbrechts (S. 179 Anm. 4) eben diese Ansicht vertreten hatte, in der dritten Auflage[5]) mit

---

[1]) Beispiel:

Ich X. Z. treffe gemeinschaftlich mit meiner Ehefrau Y. Z. geb. W. nachstehende letztwillige Verfügung: Mein alleiniger Erbe soll mein Bruder A. sein.

Ich Y. Z. geb. W., treffe gemeinschaftlich mit meinem Ehemann X. Z. nachstehende letztwillige Verfügung: Mein alleiniger Erbe soll meine Schwester B. sein.

L., den 1. I. 1900. X. Z.

L., den 1. I. 1900. Y. Z. geb. W.

[2]) Strohal a. a. O., S. 322/323.

[3]) Strohal a. a. O., S. 323, Anm. 18.

[4]) Peiser a. a. O., S. 333, Anm. 3, Abs. 2.

[5]) Strohal a. a. O., S. 323, Anm. 14.

Recht geltend, daß der § 2267 nur das Mindestmaß der Erfordernisse eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments aufstelle; folglich müßten auch in jeder anderen Form beide Verfügungen eigenhändige Datierungen des Erblassers aufweisen.

Außer Planck-Ritgen und Strohal halten Herzfelder, Meyer, Mattes, Windels und Jastrow[1]) die beiden geschilderten Errichtungsformen für vereinbar mit der von ihnen vertretenen Auffassung vom Wesen des gemeinschaftlichen Testaments, während Kipp[2]) nur die erste, Eichhorn und Peiser[3]) nur die zweite erwähnen.

Jastrow hält es allerdings für bedenklich, die zweite Form ohne »gesetzliche Unterlage« zuzulassen. — Das Gesetz selbst läßt aber doch durch den Ausdruck »genügt« den Weg für andere Formen offen; die gesetzliche Unterlage für diese ist lediglich der § 2231 No. 2 B.G.B. Alle Formen, die diesem Paragraphen entsprechen und mit dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments in Einklang zu bringen sind, sind demnach unbedenklich zuzulassen. — Die Form, in der jeder Erblasser das Testament seinem ganzen Inhalte nach eigenhändig schreibt, unterschreibt und datiert, glaubt Jastrow a. a. O. ohne Bedenken zulassen zu dürfen, da sie identisch sei mit der des § 2267 B.G.B. Die Beitrittserklärung brauche nicht den Worten des Gesetzes zu entsprechen, vielmehr sei nur nötig, daß ihr Inhalt den Beitritt zu der Haupterklärung ausdrücke. Die Wiederholung des ganzen Inhalts des ersten Testaments sei aber nichts anderes als eine Beitrittserklärung; der Streit, ob diese Form zuzulassen sei, sei demnach lediglich ein »Streit um des Kaisers Bart.« Wir können dem nicht beistimmen. Solange die Beitrittserklärung keinen selbstständigen Inhalt hat, sondern nur zum Ausdruck bringt, daß der zweite Erblasser die Verfügung des ersten sich zu eigen

---

[1]) Herzfelder a. a. O., Bem. 2 zu § 2267; Meyer a. a. O., S. 26; Mattes a. a. O., S. 14; Windels a. a. O., S. 67; Jastrow in Buschs Z. a. a. O., S. 505.

[2]) Kipp zu Windscheid a. a. O., S. 313.

[3]) Eichhorn in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Jahrgang 1901, S. 248; Peiser a. a. O., S. 333, Anm. 3, Abs. 1.

mache, so lange liegt ein gemeinschaftliches Testament nach § 2267 B.G.B. vor. In unserm Falle hat aber die zweite Verfügung einen vollständig selbständigen Inhalt, sie ist der Verfügung des ersten Erblassers durchaus koordiniert. Sobald aber die zweite Erklärung keinen accessorischen Charakter mehr hat, ist die gewählte Form durchaus verschieden von der des § 2267 B.G.B.

Frommhold[1]) hält die Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments außer in der Form des § 2267 auch in der Weise für möglich, daß die Verfügungen der beiden Ehegatten jede für sich nach § 2231 No. 2 errichtet werden, wenn sie nur in irgend einer Weise äußerlich ihre Gemeinschaft, d. h. ihre Zusammengehörigkeit, zu erkennen gäben. Dies geschähe schon durch Benutzung desselben Papierblattes oder durch gemeinsame Übergabe der Verfügungen zur amtlichen Verwahrung (§ 2248 Satz 1 B.G.B.) Daß die beiden Verfügungen äußerlich ihre Zusammengehörigkeit aufweisen, genüge jedoch nicht allein; vielmehr müßten sie, um ein gemeinschaftliches Testament zu bilden, auch innerlich einheitlich sein.

Ferner ist Dernburg[2]) der Ansicht, daß ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament auch so errichtet werden kann, daß jeder Erblasser seine eigenen Verfügungen in einem Einzeltestament nach § 2231 No. 2 errichtet, wenn nur die Absicht hervortritt, gemeinschaftlich zu testieren, also zu erkennen gegeben ist, daß beide Ehegatten ihre Verfügungen als Teile eines gemeinschaftlichen Testaments errichtet haben.[3]) Nach Dernburg würde also ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament vorliegen, wenn von Ehegatten zwei eigenhändige Einzeltestamente errichtet sind und in dem Text einer jeden Verfügung ausdrücklich gesagt ist, daß die Verfügung in Gemeinschaft mit der des Ehegatten errichtet ist. Es kann aber diese Absicht auch schon erhellen aus dem Umstande, daß beide Ehegatten sich desselben Blattes zur Errichtung ihrer Verfügungen bedienen. In letzterem Falle würde es aus

[1]) Frommhold a. a. O., Bem. 3 zu §§ 2266, 2267.
[2]) Dernburg a. a. O., S. 254.
[3]) Ebenso Windels a. a. O., S. 67.

den Umständen zu entnehmen sein, ob die Ehegatten damit die Absicht haben ausdrücken wollen, gemeinschaftlich zu testieren; würden z. B. Eheleute, die eingekerkert sind, ihre Testamente auf dem einzigen Blatte Papier, das ihnen zu Gebote steht, jeder für sich schreiben, so wird man deshalb, weil sie sich desselben Papierblattes bedient haben, noch nicht auf die Absicht schliessen dürfen, daß sie gemeinschaftlich haben testieren wollen. [1])

Was nun unsere Ansicht darüber anbelangt, welche Gestaltungen ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament abgesehen von der des § 2267 B.G.B. annehmen kann, so stehen wir mit der Kammergerichtsentscheidung vom 4. Januar 1905 [2]) auf folgendem Standpunkt:

Da das Charakteristikum eines gemeinschaftlichen Testaments lediglich darin besteht, daß die Verfügungen zweier Ehegatten unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung getroffen sind, so ist das einzige formelle Erfordernis für ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament, welches nicht nach § 2267 B.G.B. errichtet wird, dies, daß zwei Verfügungen vorliegen, die von Ehegatten errichtet sind und deren jede den im § 2231 No. 2 aufgestellten Erfordernissen entspricht. Die Gemeinschaftlichkeit, d. h. die gegenseitige Kenntnis und Billigung, unter der die Verfügungen errichtet werden müssen, bildet kein Requisit der Form, sondern ist ein sachliches Erfordernis.

Trotzdem sind aber die verschiedenen Erscheinungsformen, die in der Literatur für zulässig gehalten werden, auch für uns von Wert, da sie den verlangten Beweis dafür erbringen, daß die Verfügungen unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung errichtet sind; ein Beweis hierfür, der sich nicht aus der Art, wie die Verfügungen getroffen sind, ergibt, wird sich nur in den seltensten Fällen führen lassen. — Am klarsten geht die gegenseitige Kenntnis und Billigung hervor, wenn beide Verfügungen durch die Unterschrift beider Ehegatten gedeckt sind, also so testiert ist, daß entweder jeder Ehegatte seine

---

[1]) Dernburg a. a. O., S. 254, Anm. 4.
[2]) O.L.G. Bd. 11, S. 250.

eigenen Verfügungen in einem Einzeltestamente nach § 2231 No. 2 trifft und der andere lediglich durch seine Unterschrift dokumentiert, daß sie unter seiner Billigung getroffen sind, [1]) oder daß eine der beiden oben geschilderten, von Planck-Ritgen, Strohal u. a. befürworteten Formen gewählt wird.

Die gemeinsame Übergabe der Verfügungen zur amtlichen Verwahrung allein ist dagegen noch nicht als Beweis dafür anzusehen, daß die Verfügungen »gemeinschaftlich« getroffen sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, daß ein Erfordernis, die beiden Verfügungen auf demselben Bogen Papier zu errichten, keineswegs besteht. [2])

Was nachträgliche Änderungen und Zusätze anbelangt, die in Gemeinschaft mit dem andern Ehegatten getroffen sind, so gilt das anläßlich der Besprechung des § 2267 Gesagte. Ist die Form gewählt, in der jeder Ehegatte in seinem Testamente die Verfügungen beider Teile niedergeschrieben hat, so muß dann, wenn ein Ehegatte seine Verfügung nachträglich ändert, auch in dem Testament des andern Ehegatten diese Verfügung die entsprechende Änderung aufweisen, weil sonst zum mindesten eine Vermutung dafür spricht, daß die Änderung nicht in Gemeinschaft mit dem anderen Ehegatten vorgenommen ist.

---

[1]) Beispiel:

Ich, X. Z., treffe gemeinschaftlich mit meiner Ehefrau Y. Z. geb. W. nachstehende letztwillige Verfügung:
Mein alleiniger Erbe soll mein Bruder A. sein.
L., den 1. I. 1900.

X. Z.
Y. Z. geb. W.

Ich, Y. Z. geb. W., treffe gemeinschaftlich mit meinem Ehegatten X. Z. nachstehende letztwillige Verfügung:
Mein alleiniger Erbe soll meine Schwester B. sein.
L., den 1. I. 1900.

Y. Z. geb. W.
X. Z.

[2]) Vergl. O.L.G., Bd. 9, S. 418.

2. Das öffentlich errichtete gemeinschaftliche Testament.

§ 5.

a) Das gemeinschaftliche Testament als „testamentum apud acta judicis conditum“ und als „testamentum judici oblatum“.

Im Vorstehenden haben wir gesehen, daß das Charakteristikum eines gemeinschaftlichen Testaments lediglich in der inneren Gemeinschaftlichkeit besteht, unter der zwei letztwillige Verfügungen von Ehegatten errichtet sind, und daß es deshalb keineswegs nötig ist, daß beide Verfügungen in formell einem Testamente errichtet sind.

Während dies aber für das eigenhändige gemeinschaftliche Testament daraus hervorgeht, daß es schlechterdings unmöglich ist, die eigenhändigen letztwilligen Verfügungen von zwei verschiedenen Erblassern in formell einem Testamente zu errichten, trifft dies für das in öffentlicher Form errichtete gemeinschaftliche Testament nicht zu. Dazu kommt, daß in der gemeinrechtlichen Praxis das in öffentlicher Form (sei es als testamentum apud acta judicis conditum oder als testamentum judici oblatum) errichtete gemeinschaftliche Testament, stets uno actu errichtet wurde, während ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament vor 1900 in keinem Rechtsgebiet in Übung war. Da, wie wir ausführten, die vor 1900 hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments allgemein anerkannten Rechtssätze auch fernerhin zu berücksichtigen sind, so weit sich nicht Abweichendes aus dem Gesetze ergibt, das Bürgerliche Gesetzbuch aber für das in ordentlicher öffentlicher Form errichtete gemeinschaftliche Testament keine Spezialvorschriften gibt, könnte man zu der Annahme kommen, daß auch für das heutige Recht die einzig zulässige Erscheinungsform des in öffentlicher Form errichteten gemeinschaftlichen Testaments die ist, daß beide Verfügungen in formell einem Testament errichtet werden, wenngleich auch hier daran festzuhalten ist, daß die Grundvoraussetzung für ein gemeinschaftliches Testament die innere, subjektive Gemeinschaft der beiden Verfügungen bildet.

Hiergegen ist folgendes zu bedenken: Abgesehen von der Erleichterung des Beweises für die innere Gemeinschaftlichkeit sprechen irgendwelche zwingende Gründe nicht dafür, daß das gemeinschaftliche Testament eine Verschmelzung der beiden Verfügungen zu einem einzigen Testament aufweisen muß. Andernfalls hätte das Bürgerliche Gesetzbuch auch für das private gemeinschaftliche Testament eine dementsprechende Form vorgeschrieben. Statt der Formvorschrift des § 2267, in der auch die zweite Erklärung in formeller Hinsicht den Charakter einer selbständigen Verfügung nach § 2231 No. 2 behält, hätte es vielleicht gestattet, daß der zweite Erblasser unter die vom ersten in der Mehrzahl (»Wir bestimmen etc.«) getroffene Verfügung lediglich seine Unterschrift setzt, so daß formell tatsächlich nur ein Privattestament vorgelegen hätte.

Aber auch aus dem Gesetz läßt sich dies u. E. herausinterpretieren. Während beim Erbvertrag (§ 2276 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.) und einer großen Zahl anderer Rechtsakten, die vor einer Behörde bezw. Notar von mehreren Personen vorzunehmen sind, z. B. bei der Auflassung (§ 925 Abs. 1 B.G.B.), der Eheschließung (§ 1317 Abs. 1 S. 1 B.G.B.), der Annahme an Kindesstatt (§ 1750 Abs. 2 B.G.B.) die gleichzeitige Anwesenheit dieser Personen vom Gesetz erfordert wird, ist dies Erfordernis bei dem in öffentlicher Form errichteten gemeinschaftlichen Testamente nicht aufgestellt. E silentio folgt also, daß die beiden Erblasser nicht gleichzeitig anwesend zu sein brauchen[1]). Andererseits muß aber nach § 2064 B.G.B. ein Testament von jedem Erblasser persönlich errichtet werden. Wird aber ein gemeinschaftliches Testament uno actu errichtet, so läßt sich dies, da alle in den §§ 2233 bis 2246 B.G.B. aufgestellten Erfordernisse zur Errichtung beider Verfügungen nur einmal erfüllt werden, gar nicht anders bewerkstelligen, als so, daß beide Erblasser gleichzeitig anwesend sind. Ein in öffentlicher Form errichtetes gemeinschaftliches Testament, bei dem die Erblasser nicht gleichzeitig anwesend sind, ist also nur so denkbar, daß die Verfügungen in zwei öffentlichen Sondertestamenten getroffen sind.

[1]) Jastrow in Busch's Z. a. a. O., S. 504, Anm. 1.

Es ist demnach auch für das in öffentlicher Form errichtete gemeinschaftliche Testament keineswegs erforderlich, daß es uno actu errichtet ist, wenngleich dies die bei weitem häufigste Erscheinungsform ist; einmal, wie schon bemerkt, wegen der Erleichterung des Beweises für die gegenseitige Kenntnis und Billigung unter der die Verfügungen getroffen sind, dann aber auch aus der einfachen praktischen Erwägung heraus, daß es bedeutend weniger umständlich und kostspielig ist, die Verfügungen beider Erblasser in demselben Rechtsakte zu treffen, als sich hierzu zweier verschiedener Rechtsakte zu bedienen.

Die Errichtung eines Testaments in öffentlicher Form kann nun einmal so vor sich gehen, daß der Erblasser dem Richter oder Notar in Gegenwart zweier Zeugen oder eines Gerichtsschreibers bezw. zweiten Notars [1]) seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll erklärt (testamentum apud acta judicis conditum); das Protokoll muß über den ganzen Akt in deutscher Sprache aufgenommen werden [2]) und außer dieser Erklärung den Ort und Tag der Verhandlung, sowie die Bezeichnung des Erblassers und der übrigen bei der Verhandlung mitwirkenden Personen enthalten. [3]) Statt der mündlichen Erklärung des letzten Willens kann der Erblasser aber auch ein Schriftstück offen oder verschlossen übergeben; es wird dann nur die mündliche Erklärung des Erblassers zu Protokoll genommen, daß diese Schrift seinen letzten Willen enthalte [4]) (testamentum judici oblatum). Das Schriftstück braucht nicht von dem Erblasser eigenhändig geschrieben zu sein; ebensowenig bedarf es einer Unterschrift [5]) oder eines der übrigen in § 2231 No. 2

---

[1]) § 2233 B.G.B.

[2]) § 2240 B.G.B.

[3]) § 2241 B.G.B.

[4]) § 2238, Abs. 1, B.G.B.

[5]) Motive a. a. O., S. 271/72; vergl. auch R.G. Bd. 34, S. 162. — Cosack (a. a. O., S. 690, Anm. 9) hält die Entbehrlichkeit der Unterschrift für zweifelhaft wegen der Vorschrift des § 126 Abs. 1, B.G.B., die besagt, eine Urkunde müsse, falls durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben sei, vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Hiergegen wird von Planck-Ritgen (a. a. O., Bem. 3 b zu § 2238) mit Recht geltend gemacht, daß es sich bei der

für das holographische Testament vorgeschriebenen Formerfordernisse. Das über die Errichtung der letztwilligen Verfügung aufgenommene Protokoll muß vorgelesen und darauf von dem Erblasser genehmigt und unterschrieben werden. Daß dies geschehen ist, muß ebenfalls im Protokoll vermerkt werden. [1]) Behauptet der Erblasser, nicht schreiben zu können, so wird seine Unterschrift ersetzt durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll [2]) Außer vom Erblasser muß das Protokoll auch von den übrigen mitwirkenden Personen unterzeichnet werden. [3])

Ein gemeinschaftliches Testament in öffentlicher Form kann nun entweder in einem einheitlichen Akte errichtet werden, in der Art, daß alle Formrequisiten nur einmal, wie beim Einzeltestamente, erfüllt sind, nur alle Handlungen, die dem Testierenden obliegen, insbesondere die letztwillige Willenserklärung und deren Formalitäten werden von jedem Erblasser vorgenommen, dementsprechend werden in das einheitliche Protokoll auch zwei Erklärungen aufgenommen; oder aber jeder Erblasser errichtet in einem getrennten Akte ein Testament in öffentlicher Form. Während aber im ersteren Falle ein weiterer Beweis, daß die Verfügungen unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung getroffen sind, sich erübrigt, muß dieser bei der getrennten Testierform geführt werden.

Auch wenn uno actu testiert wird, ist es ein unabweisbares Erfordernis, daß jeder Erblasser persönlich anwesend ist; eine Vertretung des einen durch den andern ist nicht angängig. [4])

Bei einem testamentum apud acta judicis conditum, das uno actu errichtet wird, dürfte es in den meisten Fällen so zugehen, daß jeder Erblasser seine eigene Verfügung zu Protokoll erklärt. Es kann aber auch der eine Erblasser den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments zu Protokoll geben, der zweite Ehegatte erklärt nur, daß der vom ersten

Schrift des § 2238 keineswegs um die technische »schriftliche Form« des B.G.B. handelt; die Schrift bilde vielmehr nur einen Teil einer besonderen Geschäftsform.

[1]) § 2242 Abs. 1, B.G.B.
[2]) § 2242 Abs. 2, B.G.B.
[3]) § 2242 Abs. 3, B.G.B.
[4]) § 2064, B.G.B.

Erblasser zu Protokoll gegebene Testamentsinhalt auch als sein Testament gelten soll[1]). Wird das gemeinschaftliche Testament durch zwei getrennte Testierakte errichtet, so wird am zweckmäßigsten von jedem der Ehegatten der Inhalt des ganzen gemeinschaftlichen Testaments zu Protokoll gegeben, damit die innere Einheitlichkeit der Verfügungen, die bei der Errichtung herrschende gegenseitige Kenntnis und Billigung, schon dadurch zu ersehen ist, daß beide Verfügungen sich inhaltlich decken, ein weiterer Beweis hierfür also sich erübrigt.

Nicht zulässig ist es hingegen, falls das gemeinschaftliche Testament in zwei getrennten Testierakten errichtet wird, daß der zweite Erblasser in seiner mündlichen Erklärung auf das entsprechende Testament des andern verweist und erklärt, daß dies auch sein letzter Wille sein soll. Dies würde gegen den im Bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Grundsatz verstoßen, daß ein Testament hinsichtlich aller objektiv wesentlicher Bestandteile ein in sich geschlossenes Ganzes darstellen muß[2]), von welchem Prinzip die Zusatzerklärung des § 2267 B.G.B. eine Ausnahme bildet. Anders liegt der Fall, wenn uno actu von beiden Erblassern testiert ist. Hier nimmt die Erklärung, auf welche sich der andere Erblasser bezieht, an der Solennität des Testieraktes teil; sie bildet einen Teil eben desselben Testaments.

Wird durch Übergabe einer Schrift uno actu testiert, so kann dies entweder so geschehen, daß die Erblasser eine einzige Schrift überreichen und beide zu Protokoll erklären, daß diese Schrift ihren letzten Willen enthalte; es kann aber auch jeder Erblasser eine besondere Schrift mit seinem letzten Willen übergeben[3]). Wird in zwei besonderen Testierakten

---

[1]) Strohal a. a. O., S. 320, Anm. 6; Meyer a. a. O., S. 20, Anm. 8.

[2]) Vergl. auch § 2065 B.G.B.; ferner Planck-Ritgen a. a. O., Bem. zu § 2086; Motive a. a. O., S. 294.

[3]) Strohal a. a. O., S. 320, Anm. 7; Meyer a. a. O., S. 20, Anm. 8. — Dagegen hält Franz (a. a. O., S. 254), der streng daran festhält, daß das Wesen eines gem. Testaments in der rein äußerlichen Einheitlichkeit der beiden Verfügungen liegt, das Einreichen zweier gesonderter Schriften für unvereinbar mit dem Wesen eines gemeinschaftlichen Testaments.

gemeinschaftlich testiert, so ist es wiederum empfehlenswert, daß die beiden Schriften inhaltlich einander decken. Auch hier ist es nicht zulässig, daß in der Schrift des zweiten Erblassers auf das Schriftstück des andern Bezug genommen wird[1]).

Minderjährige, ebenso Analphabeten und Blinde können nur durch mündliche Erklärung öffentlich testieren[2]); dadurch daß es dem andern Erblasser freisteht, ein testamentum judici oblatum zu errichten, erlangen diese Personen selbstverständlich noch nicht die Möglichkeit, ebenfalls in dieser Form testieren zu dürfen, auch dann nicht, wenn uno actu testiert wird.

Andererseits können Personen, die nach Überzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst, z. B. durch Erkrankung der Stimmorgane, am Sprechen verhindert sind, ein öffentliches Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten. Die sonst mündlich abgegebene Erklärung, daß die eingereichte Schrift seinen letzten Willen enthalte, wird in diesem Falle ersetzt durch einen entsprechenden vom Erblasser eigenhändig geschriebenen Vermerk in das Protokoll oder auf einer Anlage zum Protokoll. Daß die Erklärung eigenhändig niedergeschrieben ist, muß im Protokoll festgestellt werden; ebenso die Überzeugung des Richters oder Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist Eine besondere Genehmigung des Protokolls seitens des Erblassers ist nicht erforderlich[3]).

Wird in zwei getrennten Testamenten öffentlich testiert, so ist es ratsam, daß jedes Testament, wenn es entsprechend der Vorschrift des § 2246 B.G.B. in die besondere amtliche Verwahrung gebracht wird, in der »das Testament näher bezeichnenden Aufschrift« eine genaue Angabe[4]) des entsprechen-

[1]) Vergl. auch Endemann a, a. O., S. 127.

[2]) § 2238 Abs. 2, B.G.B.

[3]) § 2243, B.G.B.

[4]) Dem zuerst errichteten Testament wird eine genaue Bezeichnung erst nach der Verwahrung, die noch in Gegenwart des Erblassers und der übrigen mitwirkenden Personen geschehen muß (§ 2246 Abs. 1, B.G.B.), beigefügt werden können, nämlich dann, wenn das entsprechende zweite Testament errichtet ist.

den anderen Testaments erhält, mit dem zusammen es ein gemeinschaftliches Testament bildet. Tunlichst sind auch die beiden Testamente an demselben Orte zu verwahren. Denn bei Eröffnung des einen Testaments, das als Teil eines gemeinschaftlichen Testaments errichtet ist, muß auch das entsprechende Testament des überlebenden Ehegatten eröffnet werden, da, wie schon erwähnt, der Nachlaßrichter vor allem mit Rücksicht auf § 2270 B.G.B. den Inhalt des ganzen gemeinschaftlichen Testaments kennen muß.

---

§ 6.

b) Das in gemischter Form errichtete öffentliche gemeinschaftliche Testament.

Im Vorstehenden haben wir die Formen behandelt, die sich ergeben, wenn die Ehegatten beide entweder durch Erklärung zu Protokoll oder durch Übergabe einer Schrift testieren. Ist es nun aber auch zulässig, ein gemeinschaftliches Testament in gemischter Weise zu errichten, d. h. so, daß der eine Ehegatte durch Erklärung zu Protokoll, der andere durch Übergabe einer Schrift testiert?

Praktisch wird die Frage dann, wenn der eine Gatte minderjährig oder unfähig ist, Geschriebenes zu lesen, der andere aber trotzdem den Wunsch hat, durch Übergabe einer Schrift zu testieren, vielleicht um vor den Zeugen nicht den Testamentsinhalt bekannt werden zu lassen; ferner dann, wenn der eine Ehegatte sprechunfähig ist, der andere hingegen seinen letzten Willen mündlich erklären möchte, vielleicht weil er sich über die textliche Gestaltung seines letzten Willens nicht ganz im klaren befindet und die Hilfe des Richters oder Notars in Anspruch nehmen möchte, was sich bei einer mündlichen Erklärung zu Protokoll bequemer bewerkstelligen läßt. Liegt der Fall gar so, daß dem einen Ehegatten die mündliche Errichtungsform, dem anderen die

durch Übergabe einer Schrift verschlossen ist, so könnte bei Verneinung dieser Frage von ihnen ein gemeinschaftliches Testament überhaupt nicht errichtet werden.

Planck-Ritgen, Jastrow u. a.[1]) stehen auf diesem verneinenden Standpunkte. Nach ihnen bedingt es die Einheitlichkeit des Rechtsaktes, die bei einem gemeinschaftlichen Testamente vorliegen müsse, daß die Errichtungsform für beide Ehegatten ein und dieselbe sei. Lediglich dann, wenn beide Ehegatten bei Sprechunfähigkeit des einen durch Übergabe derselben Schrift testieren, könne die Erklärung, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte, von dem einen Erblasser mündlich abgegeben werden, während der Sprechunfähige sie eigenhändig in das Protokoll (§ 2243 Abs. 1 B.G.B.) schreiben muß[2]).

U. E. tut die gemischte Testierweise der Einheitlichkeit des Rechtsaktes, falls uno actu testiert wird, keinen Abbruch, denn diese wird doch hergestellt dadurch, daß alle Formerfordernisse nur einmal erfüllt sind, insbesondere auch durch die Einheit des Protokolls. Für die Einheit des Rechtsaktes ist es daher völlig ohne Einfluß, ob beide Erblasser mündlich bezw. durch Übergabe einer Schrift testieren, oder ob nur der letzte Wille des einen Erblassers protokolliert wird, während der andere die Erklärung zu Protokoll gibt, bezw. eigenhändig in das Protokoll schreibt, falls er sprechunfähig ist, daß die überreichte Schrift, die nach § 2246 als Anlage mit dem Protokoll verwahrt wird, seinen letzten Willen enthalte.

Die überwiegende Mehrheit[3]) hat sich daher auch gegen

[1]) Planck-Ritgen a. a. O., Vorbem. 3 zu §§ 2265 ff. Frommhold a. a. O., Bem. 3 zu §§ 2266, 2267. Jastrow, Notariatsrecht, S. 206. Franz a. a. O., S. 253. Leske a. a. O., S. 1246, Anm. 3. Heinsheimer a. a. O., S. 609.

[2]) Planck-Ritgen a. a. O., Vorbem. 3 zu §§ 2265 ff. Jastrow a. a. O., S. 206. Franz a. a. O., S. 253.

[3]) Strohal a. a. O., S. 321. Dernburg a. a. O., S. 253. Herzfelder a. a. O., Bem. 3 zu § 2265. Meyer a. a. O., S. 20/21. Eichhorn, Testament S. 155. Götte, Der Preuß. Testamentsrichter, Berlin 1901, S. 48. Elsas a. a. O., S. 32, Anm. 1.

eine grundsätzliche Verneinung dieser Frage ausgesprochen[1]). Strohal vertritt die Auffassung, daß von Fall zu Fall entschieden werden müsse; je nach Maßgabe der Sachlage sei die Frage bald zu bejahen, bald zu verneinen. Eine gemischte Errichtungsweise sei sehr wohl dann zulässig, wenn der eine Ehegatte den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments zu Protokoll erkläre und darauf der andere Ehegatte, der nach Überzeugung des Richters sprechunfähig ist, die offene schriftliche Erklärung übergäbe, daß der zu Protokoll genommene Testamentsinhalt auch als sein Testament gelte[2]). — Anders läge hingegen der Fall, wenn ein Ehegatte Geschriebenes nicht zu lesen vermöge. Hier müssen beide Ehegatten durch Erklärung zu Protokoll testieren; denn es würde dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments widersprechen, wenn der Ehegatte, der außer stande ist, Geschriebenes zu lesen, nicht die Möglichkeit hätte, authentisch den Inhalt der vom andern Ehegatten getroffenen Verfügung zu erfahren, was der Fall sein würde, wenn dieser durch Einreichen einer Schrift testierte. Dasselbe gälte, wenn ein Ehegatte minderjährig sei. Wenn das Gesetz bestimme, daß der Minderjährige ein Testament nur durch mündliche Erklärung errichten kann, so ginge es dabei von der Voraussetzung aus, daß ein Minderjähriger nicht die volle Bedeutung des Inhalts einer Urkunde zu würdigen vermöge. Würde nun der andere Ehegatte durch Übergabe einer Schrift testieren, so könnte für den Minderjährigen der Absicht des Gesetzes zuwider die Gefahr eintreten, daß doch der Inhalt einer Urkunde, nämlich der von dem andern Ehegatten übergebenen Schrift, für seine Erklärung bestimmend würde.[3]) Ist also der eine Erblasser minderjährig, Analphabet oder blind, der andere stumm oder sonst unfähig zu sprechen, so kann von den beiden Ehegatten nach Strohal ein gemeinschaftliches Testament überhaupt nicht errichtet werden.

---

[1]) Am schärfsten wendet sich Dernburg a. a. O. gegen die gegnerische Auffassung: »Es sei nicht Aufgabe der Jurisprudenz, Nichtigkeiten zu erfinden, die das Gesetz nicht kennt«.

[2]) Strohal a. a. O., S. 321, Anm. 9.

[3]) Strohal a. a. O., S. 321, Anm. 10.

Dernburg, [1]) der an sich die gemischte Errichtungsweise unbedenklich für zulässig hält, billigt diese besondere Behandlung, die Strohal dem Fall des § 2238 Abs. 2 angedeihen läßt, scheint sie sich aber nur für das korrespektive gemeinschaftliche Testament zu eigen machen zu wollen. Er sagt nämlich, beim korrespektiven Testament müsse, falls für den einen Erblasser das Testieren durch Übergabe einer Schrift nicht gestattet sei, auch der andere Erblasser durch mündliche Erklärung testieren, da dessen Testament in Beziehung zu dem des ersten Erblassers träte. Also nur bei einer korrespektiven Beziehung der beiden Verfügungen zu einander scheint es nach Dernburg erforderlich zu sein, daß beide Erblasser die Möglichkeit haben, authentisch Kenntnis von der Verfügung des andern Teils zu erhalten.

Auch Herzfelder und Meyer [2]) sind der Ansicht, daß dann, wenn einer der Ehegatten minderjährig oder zu lesen unfähig ist, die gemischte Errichtungsweise ausgeschlossen ist, beide Ehegatten nur durch mündliche Erklärung testieren können.

Unserer Ansicht nach behandelt aber Strohal mit Unrecht den Fall der Minderjährigkeit gleich mit dem der Unfähigkeit zu lesen. Der Grund, aus dem dieser für den Fall der Minderjährigkeit eines der Ehegatten die gemischte Errichtungsweise ausschliessen will, ist deshalb nicht zutreffend, weil er von einer unrichtigen Voraussetzung ausgeht. Nicht deshalb ist vom Gesetz bestimmt, daß Minderjährigen nur die Errichtung eines Testaments durch mündliche Erklärung offensteht, weil diese außer stande sind »die volle Bedeutung des Inhaltes einer Urkunde zu würdigen«; man beachte, daß der Minderjährige nach § 2229 Abs. 2 B.G.B. doch bereits das 16. Lebensjahr vollendet haben muß, bevor er ein Testament errichten kann. Lediglich darum ist vom Gesetz die schriftliche Form für den Minderjährigen ausgeschlossen worden, weil dieser in weit höherem Maße als ein Volljähriger bei schriftlicher Abfassung seines letzten Willens gesetzwidrigen [3]) Beein-

[1]) Dernburg a. a. O., S. 253, Anm. 3.

[2]) Herzfelder a. a. O., Bem. 3, zu § 2265. Meyer a. a. O., S. 21.

[3]) Gesetzwidrig ist jede Beeinflussung — nicht etwa ein bloßer Rat, eine bloße Unterstützung — deshalb, weil das Gesetz doch dadurch,

flussungen, namentlich seitens seines elterlichen Gewalthabers oder anderer Respektspersonen, ausgesetzt ist.[1]) Die Möglichkeit ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß die Schrift, die ja bei der öffentlichen Testamentserrichtung nicht vom Erblasser eigenhändig geschrieben zu sein braucht, vom elterlichen Gewalthaber nicht nur geschrieben ist, sondern auch ihrem Inhalte nach von diesem stammt, zumal wenn man bedenkt, daß dieser bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden noch der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen bleibt. Ferner war die Erwägung maßgebend, daß dem Minderjährigen dadurch, daß er gezwungen wird, öffentlich durch mündliche Erklärung zu testieren, bei Abfassung seines Testaments stets der Rat eines Sachverständigen, des Richters oder Notars, zur Seite steht.[2])

Was unsere Stellungnahme zu dieser Streitfrage anbelangt, so halten wir entsprechend unserer Auffassung von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments die gemischte Testierweise sehr wohl für zulässig; mögen die Ehegatten nun uno actu testieren oder in zwei getrennten Sondertestamenten. Lediglich darauf kommt es an, daß die beiden Verfügungen unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung getroffen sind. Hinsichtlich des Beweises hierfür gilt das oben sub § 6 Gesagte: er geht daraus hervor, daß beide Erblasser uno actu testiert haben; er kann sich aber auch aus dem übereinstimmenden Inhalt der beiderseitigen Verfügungen ergeben.

Nur dann, wenn der eine Erblasser blind oder Analphabet ist, kann der Umstand, daß sie uno actu testiert haben, noch nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß die beiden Verfügungen auch wirklich unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung getroffen sind. Selbst, wenn die Erblasser vorher sich über die zu treffenden Verfügungen geeinigt haben, ist

---

daß es über 16 Jahre alten Minderjährigen gestattet, unabhängig von ihrem gesetzlichen Vertreter zu testieren, zum Ausdruck bringen will, daß der Minderjährige zur Verfügung über sein Vermögsn von Todeswegen mit 16 Jahren bereits die nötige Reife hat.

[1]) Bericht der Reichstagskommission. S. 177. Planck-Ritgen a. a. O., Bem. 1 zu § 2247.

[2]) Protokolle a. a. O., S. 361.

es nur zu leicht möglich, daß der schreibfähige Erblasser bei schriftlicher Abfassung des vorher nur mündlich besprochenen letzten Willens diesen — vielleicht garnicht in böser Absicht — anders niederlegt, als vorher besprochen. Ist der mündlich testierende Erblasser im stande zu lesen, so darf man als sicher annehmen, daß er die Schrift mit dem letzten Willen des Erblassers, mit dem er gemeinschaftlich testiert, gelesen hat. [1]) Hier fehlt dem lesensunfähigen Erblasser aber jede Kontrolle dafür, welche Verfügung der andere Erblasser getroffen hat. — Es dürfte in diesem Falle also ratsam sein, das jeder den ganzen Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments in seiner Verfügung darlegt, der lesensunfähige durch mündliche Erklärung, der andere in seiner überreichten Schrift. Durch das Übereinstimmen des Inhalts der beiden Verfügungen wäre dann der Beweis der gegenseitigen Kenntnis und Billigung erbracht.

Während im übrigen in der Literatur die Ansicht vertreten wird, daß dann, wenn der eine Erblasser lesensunfähig oder minderjährig ist, für diesen also nach § 2247 B.G.B die eigenhändige Testierform ausgeschlossen ist, auch der andere Erblasser sich nicht dieser Form bedienen kann [2]), heißt es nur unsere Auffassung von dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments konsequent durchführen, wenn wir ein gemeinschaftliches Testament auch dann als vorliegend annehmen, wenn der eine Ehegatte ein eigenhändiges Privattestament nach § 2231 No. 2 errichtet, der andere öffentlich testiert, wenn nur beide Verfügungen unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung errichtet sind. Ratsam ist es in diesem Falle mit Rücksicht auf die Eröffnung des ganzen gemeinschaftlichen Testaments beim Tode des einen Erblassers auch das Privattestament in amtliche Verwahrung (§ 2248 B.G.B.) zu geben.

[1]) Würde nachgewiesen, daß dies nicht der Fall gewesen ist, so müßte u. E. allerdings auch dann, wenn uno actu testiert ist, noch der Beweis erbracht werden, daß der mündlich testierende Erblasser den in der Schrift niedergelegten letzten Willen des andern Erblassers auch wirklich genau gekannt hat.

[2]) Vergl. z. B. Herzfelder a. a. O., Bem. 3 zu § 2265. Meyer a. a. O., S. 20. Elsas a. a. O., S. 32, Anm. 1 a. E.

3. Die außerordentlichen Errichtungsformen beim gemeinschaftlichen Testament.

§ 7.

Ebenso wie alle ordentlichen Formen sind auch die außerordentlichen Errichtungsformen für das gemeinschaftliche Testament zugelassen. In der zweiten Kommission wurde zwar ein Antrag gestellt auf Ausschaltung der außerordentlichen Formen für das gemeinschaftliche Testament; von der Mehrheit wurde er jedoch abgelehnt mit der Begründung, daß man gemeinschaftliche Testamente nur aus der Erwägung heraus zugelassen habe, weil sie einem Bedürfnisse entsprächen. Stände man aber auf dem Standpunkt, daß wirklich ein Bedürfnis vorliegt, so wäre dieses doch ganz sicher auch in den Fällen vorhanden, in denen die Ehegatten nur in außerordentlicher Testamentsform testieren können.[1])

Ein außerordentliches Testament ist zunächst das sogen. Dorf- oder Nottestament (testamentum ruri conditum) des § 2249 B.G.B. Liegt die Besorgnis vor, mag sie auch unbegründet sein, daß der Erblasser stirbt, bevor die Testamentserrichtung vor einem Richter oder Notar möglich ist, so kann das Testament statt vor dem Richter oder Notar vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der sich der Erblasser aufhält, sowie vor zwei Zeugen errichtet werden, die vom Gemeindevorsteher zuzuziehen sind. Alle Vorschriften der §§ 2234 bis 2246 B.G.B. finden Anwendung, nur, daß an Stelle des Richters oder Notars der Gemeindevorsteher tritt. Die Besorgnis, daß der Erblasser nicht mehr imstande ist, vor einem Richter oder Notar sein Testament zu errichten, muß im Protokoll festgestellt werden.

In § 2250 B.G.B. wird das dem gemeinrechtlichen testamentum pestis tempore conditum entsprechende sog. Quarantäne-Testament behandelt. Wer sich an einem Orte aufhält, der infolge außerordentlicher Umstände, insbesondere infolge des Ausbruchs einer Krankheit, dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung vor einem Notar oder Richter unmöglich oder doch erheblich erschwert ist, kann das Testament entweder

[1]) Protokolle a. a. O., S. 428.

wie ein Dorf-Testament oder vor 3 Zeugen ohne Mitwirkung irgend eines Beamten errichten; in letzterem Falle aber nur durch mündliche Erklärung zu Protokoll.

Nur vor 3 Zeugen durch Erklärung zu Protokoll wird das »See-Testament« errichtet, welche Form für Personen gegeben ist, die sich während einer Seereise an Bord eines deutschen nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeuges außerhalb eines inländischen Hafens befinden. [1])

Allen drei Testamenten ist gemeinsam, daß sie nur 3 Monate gelten. Lebt nach Ablauf dieser Zeit der Erblasser noch, so gilt das Testament als nicht errichtet. Jedoch ist Beginn und Lauf der Frist gehemmt, solange der Erblasser außer stande ist, ein ordentliches öffentliches Testament zu errichten. Unterbrochen wird die Frist beim See-Testament, wenn der Erblasser vor ihrem Ablaufe eine neue Seereise antritt; erst nach Beendigung dieser neuen Reise beginnt die volle Frist von neuem zu laufen. [2])

Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Fahrzeuges der Kaiserlichen Marine gehören, sowie alle diejenigen, die an Bord eines solchen Schiffes genommen sind, solange sie sich dort aufhalten, können, wenn sich das Schiff außerhalb eines inländischen Hafens befindet, ein außerordentliches Testament nach Maßgabe des § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 errichten; desgleichen Kriegsgefangene oder Geiseln, die sich in der Gewalt des Feindes befinden. [3]) Außer den genannten Personen können ein »Militär-Testament« errichten die im § 44 des R.Mil.Ges. näher bestimmten Personen, nämlich Angehörige des aktiven Heeres (§ 38 R.Mil. Ges.), wenn sie in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes ihr Standquartier im Dienst verlassen haben oder wenn ihr Standquartier angegriffen oder belagert wird; ferner alle Personen, die nach Maßgabe der §§ 155 bis 158 des Militär-Strafgesetzbuches vom 20. Juni 1872 in Kriegszeiten den Militärgesetzen unterworfen sind, vor allem diejenigen, die sich in irgend einem Dienst- oder Vertragverhältnis bei

[1]) § 2251, B.G.B.
[2]) § 2253 Abs. 1 bis 3, B.G.B.
[3]) Art. 44, E. G. z. B.G.B.

dem Krieg führenden Heere befinden oder die sich sonst bei ihm aufhalten oder ihm folgen.

Ein Militär-Testament kann nach § 44 No. 2 R.Mil.Ges. auf dreierlei verschiedene Weise errichtet werden: Entweder die letztwillige Verfügung wird vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben, die Angabe eines Orts- und Zeitdatums ist aber nicht erforderlich; oder ein Schriftstück mit dem letzten Willen des Erblassers, das aber von einem andern geschrieben ist, wird vom Erblasser, sowie einem Auditeur oder zwei beliebigen Zeugen unterschrieben; oder aber die Verfügung wird vom Erblasser lediglich mündlich erklärt, aber in Gegenwart zweier Auditeure oder eines Auditeurs und zweier beliebiger Zeugen schriftlich aufgezeichnet, dem Erblasser vorgelesen und von den genannten Personen, mit Ausnahme des Erblassers, unterzeichnet. Dem Auditeur ist jeder Offizier, und wenn der Erblasser verwundet oder krank ist, jeder Militärarzt, höhere Lazarettbeamte oder Militärgeistliche gleichgestellt. — Das Militär-Testament gilt ein Jahr lang von dem Tage an, wo das Schiff in den inländischen Hafen zurückgekehrt ist, oder der Erblasser aufhört, zur Schiffsbesatzung zu gehören oder als Kriegsgefangener oder Geisel aus der Gewalt des Feindes entlassen wird[1]) oder der Truppenteil des Erblassers demobil gemacht ist, bezw. dieser aus dem mobilen Truppenteil ausscheidet[2]). Durch anhaltende Unfähigkeit des Erblassers zur Errichtung eines ordentlichen Testaments wird der Lauf der Frist gehemmt.

Alle geschilderten außerordentlichen Einrichtungsformen kommen auch für das gemeinschaftliche Testament in Betracht. Mit Ausnahme des Dorftestaments können sich beide Ehegatten aber nur dann der außerordentlichen Testierform bedienen, wenn dessen Voraussetzungen auch bei beiden vorliegen.

Nach unserer Auffassung vom gemeinschaftlichen Testament wäre nun seine Errichtung auch so denkbar, daß der eine Ehegatte seine Verfügungen in einem ordentlichen, der andere in einem außerordentlichen Testamente trifft. Liegt

---

[1]) § 44, Satz 2, E.G. z. B.G.B.
[2]) § 44, No. 5, R.Mil.G.

jedoch für den einen Ehegatten die Möglichkeit vor, ein Quarantäne-, ein See- oder ein Militär-Testament zu errichten, so befindet sich stets auch der andere Ehegatte in einer Lage, in der ihm diese Testierform freisteht, es müßte denn sein, daß die Ehegatten räumlich von einander getrennt sind. Ist das letztere aber der Fall, so wird auch die Grundvoraussetzung eines gemeinschaftlichen Testaments, die gegenseitige Kenntnis und Billigung der zu treffenden Verfügungen, nicht vorliegen können. Es werden also bei den genannten außerordentlichen Testamentsformen stets beide Ehegatten, wenn es sich um ein gemeinschaftliches Testament handelt, in derselben außerordentlichen Form testieren können und werden in der Regel dann auch die gemeinschaftlichen Verfügungen uno actu treffen.

Nur bei dem Dorf-Testament wird es fast durchweg so sein, daß die Voraussetzungen für diese Testamentsform nur bei einem Ehegatten vorliegen. Während dieser sich der außerordentlichen Form bedient, könnte also der andere Ehegatte seine entsprechende Verfügung nur in ordentlicher Form errichten. Wohl ist es denkbar, daß derartig errichtete Verfügungen von Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament bilden, wenn sie nur unter gegenseitiger Kenntnis und Billigung getroffen sind. Stirbt aber der kranke Erblasser, bevor der andere die Möglichkeit hat, in ordentlicher Form zu testieren — und daß dies eintritt, ist dann, wenn die Voraussetzung des § 2249 bei dem einen Ehegatten vorliegt, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten — so bildet die nach dem Tode des kranken Ehegatten von dem andern Erblasser getroffene Verfügung kein gemeinschaftliches Testament mit der in außerordentlicher Form getroffenen Verfügung des anderen Erblassers, da ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten während des Bestehens ihrer Ehe errichtet werden kann. Aus diesem Grunde bestimmt der § 2266 B.G.B., daß ein gemeinschaftliches Testament in der Form des Dorf-Testaments auch dann errichtet werden kann, wenn die Voraussetzungen hierfür nur auf seiten eines der Ehegatten vorliegen, und schafft hierdurch die Möglichkeit, ein gemeinschaftliches Testament uno actu in der Form des Dorf-Testaments zu errichten.

Wie verhält es sich aber mit der Dauer der Geltung eines in der Form des Dorf-Testaments errichteten gemeinschaftlichen Testaments?

Stirbt der kranke Ehegatte, bevor die Frist, innerhalb der seine letztwillige Verfügung Geltung behält, abgelaufen ist, so bleibt diese vollgültig; überlebt aber der andere gesunde Ehegatte die Frist von 3 Monaten, was in der Regel der Fall sein wird, so müßte dessen letztwillige Verfügung, hielte man sich streng an § 2252 B.G.B., nichtig sein. Wozu wäre aber dann durch die Vorschrift des § 2266 B.G.B. den beiden Ehegatten zunächst die Möglichkeit gegeben, ein gemeinschaftliches Testament nach § 2249 B.G.B. zu errichten, wenn fast sicher die Aussicht besteht, daß es nachher keine Geltung hat? — Handelt es sich gar um ein korrespektives gemeinschaftliches Testament, so würde ja sogar nicht nur das Testament des überlebenden Erblassers, und damit das gemeinschaftliche Testament, sondern auch die sonst im Wege der Konversion gültig bleibende letztwillige Verfügung des verstorbenen Erblassers unwirksam werden mit Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung des anderen Erblassers.

Man wird daher den im § 2266 B.G.B. liegenden Gedanken analog dahin zu erweitern haben, daß das ganze gemeinschaftliche Testament, also auch die Verfügung des gesunden Ehegatten Geltung behält, wenn nur der eine, der kranke, Ehegatte innerhalb der Frist stirbt; nur wenn beide die Frist überleben, wird das ganze gemeinschaftliche Testament nach § 2252 B.G.B. ungültig[1]).

[1]) So auch Mattes a. a. O., S. 15; Windels a. a. O., S. 69/70.

H. O. PERSIEHL, HAMBURG.